

VERSO UN DIRITTO COMUNE DELLE LIBERTA' IN EUROPA.

Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano.

di Angela Colella

SOMMARIO: 1. Un'“istantanea” dal fronte CEDU. – 2. L'atteggiamento “autarchico” della Corte costituzionale. – 3. Le progressive aperture della Corte di Cassazione. – 3.1. L'immediata applicabilità delle disposizioni della Convenzione. – 3.2. La risoluzione dei contrasti tra normativa interna e diritto di Strasburgo. – 3.3. La vincolatività della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3.4. Alcuni punti fermi. – 4. La disapplicazione della normativa interna in contrasto con la Convenzione nelle sentenze dei giudici di merito. – 5. I “fronti aperti”. – 6. I tentativi dottrinali di qualificazione costituzionale della CEDU. – 6.1. L'art. 2 e il principio “personalista”. – 6.2. L'art. 10 e l'“universalizzazione” del diritto. – 6.3. L'art. 11 e il “principio internazionalista”. – 6.4. L'art. 117 e il rispetto degli “obblighi internazionali”. – 7. I modelli di integrazione offerti dall'analisi comparatistica. – 8. Dal piano espositivo al piano critico: la dissociazione tra il profilo formale e il profilo sostanziale della CEDU nell'ordinamento italiano. – 9. Il riconoscimento del rango paracostituzionale della CEDU: un'opzione ermeneutica lecita? – 10. Una panoramica degli itinerari percorribili per attribuire alla CEDU rango paracostituzionale. – 11. L'art. 2 Cost. come “chiave di volta” dell'operazione di copertura costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 12. Punti di criticità della tesi esposta e possibili soluzioni. – 13. Due casi pratici: un “canovaccio” per la decisione delle questioni di costituzionalità pendenti davanti alla Corte. – 14. La prospettiva di un diritto comune delle libertà in Europa.

1. Un'“istantanea” dal fronte CEDU.

Ad animare queste pagine è – per dirla con Saint-Exupéry – “il sentimento dell'urgenza”.

La Corte d'appello di Bologna – con ordinanza n. 337 del 22 marzo 2006 – ha, infatti, rimesso al giudice delle leggi una questione di costituzionalità (per contrasto con l'art. 10 Cost.) dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede, tra i casi di revisione, quello per cui i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non

Le riflessioni di queste pagine si prestano a una duplice lettura: chi volesse prescindere dalla parte ricostruttiva potrebbe passare direttamente al paragrafo 8 (e tornare indietro solo per eventuali approfondimenti, servendosi dei rimandi interni contenuti nelle note). Chiedo scusa fin d'ora per le imprecisioni e le “ingenuità” che l'obiettivo (forse troppo ambizioso) di una fare una panoramica quanto più possibile completa dei problemi in campo ha – inevitabilmente – comportato: confido, pertanto, nell'indulgenza del lettore. Mi sia consentito, infine, un sincero ringraziamento al Prof. Francesco Viganò per la cura e la pazienza con cui ha seguito il presente lavoro e per la disponibilità al dialogo e al confronto sempre dimostrata.

possano conciliarsi con una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato la violazione del giusto processo¹.

Solo pochi mesi più tardi – con le ordinanze n. 11887 e n. 12810, rispettivamente del 20 e del 29 maggio 2006, e n. 22357 del 19 ottobre 2006 – la prima sezione civile della Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis* d.l. n. 333/1992, convertito in legge n. 359/1992, denunciandone il contrasto con gli artt. 111 e 117 Cost. e, indirettamente, con gli artt. 6 CEDU e 1 Protocollo n. 1².

Le ordinanze di rimessione – pur sugli opposti versanti penalistico e civilistico – pongono alla Corte costituzionale problemi del tutto analoghi:

- a) innanzitutto, quello della vincolatività – per i giudici nazionali – delle sentenze della Corte di Strasburgo (ed, eventualmente, del loro “impatto” sul giudicato);
- b) più in generale, quello della collocazione della CEDU (corredata dai Protocolli addizionali) nella gerarchia delle fonti interne:

¹ All'origine della vicenda è il caso *Paolo Dorigo c. Italia*, deciso dal Comitato dei Ministri il 15 aprile 1999 (dal momento che la Commissione, pur avendo riscontrato – come risulta dal Rapporto del 9 settembre 1999 – una violazione dell'art. 6 CEDU, non aveva adito la Corte nei tre mesi a sua disposizione). Il ricorrente – condannato per reati di tipo terroristico, legati all'azione delle Brigate Rosse, sulla base delle sole dichiarazioni rese fuori dal dibattimento da coimputati/testimoni, che non erano stati esaminati perché si erano avvalsi della facoltà di non rispondere ai sensi del “vecchio” art. 513 c.p.p. – aveva presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo perché fosse accertata la violazione dell'art. 6 par. 1 e 3 lett. d) CEDU. Il Comitato dei Ministri, dopo aver verificato il mancato rispetto del principio del contraddittorio, aveva individuato nella “riapertura” del processo l'unico mezzo efficace per restituire *in integrum* il ricorrente. Questi, dunque, aveva presentato alla Corte d'appello di Bologna istanza di revisione ex art. 630 c.p.p., prospettando contestualmente la questione di costituzionalità di tale norma per contrasto con gli artt. 3, 10 e 27 Cost. (vedi *infra*, par. 13).

Nel frattempo, sul fronte dell'esecuzione, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Udine ha proposto ricorso per cassazione contro l'ordinanza della Corte di Assise di Udine del 5 dicembre 2005 che aveva rigettato la richiesta di verificare la perdurante efficacia del titolo esecutivo a carico del condannato e, conseguentemente, la legittimità della sua detenzione. Con sentenza resa il 1° dicembre 2006, la Corte di Cassazione – dopo aver qualificato la richiesta come atto propulsivo di un incidente di esecuzione ex art. 670 c.p.p. – ha annullato senza rinvio l'ordinanza impugnata, dichiarando per l'effetto inefficace l'ordine di carcerazione emesso in esecuzione della sentenza del 3 ottobre 1994 della Corte di Assise di Udine (vedi *infra* par. 3.3).

² La norma – che prevede un criterio di liquidazione dell'indennizzo espropriativo pari a circa la metà del valore di mercato dell'area ablata – violerebbe l'art. 1 Protocollo n. 1, perché la sproporzione tra l'indennizzo e il valore venale del bene è indice di un bilanciamento scorretto tra le finalità pubbliche e il sacrificio della proprietà individuale, e l'art. 6 CEDU, perché la sua applicazione retroattiva ai giudizi pendenti costituisce un'ingerenza indebita del potere legislativo nelle prerogative del giudiziario (vedi *infra*, par. 3.2 e 13).

collocazione che – come si legge nelle ordinanze nn. 11887, 12810 e 22357 della Cassazione – “*non è mai stata chiarita appieno, giacché la qualificazione di essa come fonte atipica (Corte cost. 19 gennaio 1993, n. 10) non risolve fino in fondo le non infrequenti ipotesi di conflitto, non solo con le norme di legge ordinaria, precedenti e successive, ma anche con le stesse norme costituzionali*”.

Il giudice delle leggi – come si avrà modo di vedere in modo approfondito nel paragrafo seguente – si è in più occasioni pronunciato sulla questione del rango della CEDU, senza mai sconfessarne la natura di normativa meramente primaria. E’ lecito chiedersi, tuttavia, se quella offerta dai quattro atti di promovimento ora menzionati non sia l’occasione per ripensare i “rapporti di forza” tra diritto nazionale e diritto di Strasburgo, alla luce dei mutamenti che negli ultimi anni hanno interessato questa delicata materia.

Al fine di delineare un quadro d’insieme il più possibile completo sembra opportuno partire proprio da questi ultimi, pur riservando al prosieguo della trattazione la disamina delle numerose questioni interpretative che essi pongono agli operatori del diritto.

A) Un primo rilievo riguarda i *trend* della più recente giurisprudenza di Strasburgo.

La Corte europea si mostra, innanzitutto, sempre meno timorosa nei confronti delle Corti costituzionali nazionali, spingendosi a stigmatizzare senza troppi riguardi orientamenti consolidatisi in seno alle stesse, quando da essi tragga origine una violazione della Convenzione: è quel che è già accaduto, ad esempio, per la Corte suprema irlandese³, per il Tribunale

³ La sentenza cui si fa riferimento è *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda* del settembre 1992. I ricorrenti erano due centri di consulenza che si occupavano, tra l’altro, di fornire informazioni alle donne in stato di gravidanza. L’attività di “*non-directive counselling*”, da essi praticata, non prevedeva che alle clienti in dubbio se abortire o meno fosse presentata una visione critica della loro situazione, o che fossero dati loro consigli sulla decisione da prendere: si proponeva, invece, di sollecitare un’analisi personale e una scelta autonoma. Nel caso in cui esse avessero deciso di interrompere la gravidanza, il personale avrebbe comunque offerto loro le

costituzionale spagnolo⁴, per la Corte costituzionale italiana⁵, ma è estremamente probabile che possa ripetersi.

Tutto ciò dipende, in buona misura, da due fattori:

1) dal fatto che – a differenza della Corte costituzionale italiana e del *Conseil constitutionnel* francese, ad esempio – la Corte di Strasburgo è chiamata ad occuparsi direttamente di diritti, e non della “conformità a Costituzione” di atti generali e astratti del potere

informazioni necessarie sulle cliniche britanniche in cui sarebbe stato possibile praticare l'aborto, prendendo appuntamenti e – se del caso – “pianificando” il viaggio. I due centri avevano continuato la loro attività anche dopo il referendum del 1983, che aveva modificato l'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese riconoscendo espressamente il diritto alla vita del concepito. Nel 1985, però, la Society for the Protection of Unborn Children aveva citato in giudizio Open Door e Dublin Well Woman, sostenendo che la loro attività fosse in contrasto con il disposto della norma costituzionale: al termine del giudizio, la High Court aveva emesso una *injunction* con la quale vietava ai due centri e al loro personale di fornire consulenza o assistenza alle donne in stato di gravidanza che intendevano abortire. La Corte Suprema – investita della questione in appello – aveva modificato l'*injunction* medesima (nella forma, ma non nella sostanza), introducendo un elenco dettagliato dei comportamenti incompatibili con la previsione dell'art. 40.3.3. Open Door e Dublin Well Woman avevano pertanto cessato la loro attività, e nel 1988 avevano presentato ricorso alla Commissione europea dei diritti dell'uomo, adducendo che l'*injunction* della Supreme Court aveva violato la loro libertà di espressione, protetta dall'art. 10 CEDU. Secondo la Corte, investita del caso dalla Commissione, l'*injunction* poteva essere considerata una limitazione imposta dalla legge (anche se si trattava, con tutta evidenza, di “*judge-made law*”), e la protezione della morale costituiva effettivamente uno scopo legittimo ai sensi dell'art. 10 par. 2; tuttavia – non essendo ravvisabile, in relazione alla suddetta misura, il requisito della “necessità in una società democratica” – i giudici di Strasburgo avevano concluso per la violazione della libertà d'espressione. I passi riportati di seguito rendono bene l'idea del tono aggressivo usato, in quell'occasione, dalla Corte: “*The Court is first struck by the absolute nature of the Supreme Court injunction which imposed a “perpetual” restraint on the provision of information to pregnant woman concerning abortion facilities abroad, regardless of age or state of health or their reasons for seeking counselling on the termination of pregnancy (...) The injunction has created a risk to the health of those women who are now seeking abortions at a later stage in their pregnancy, due to a lack of proper counselling, and who are not availing themselves of customary medical supervision after the abortion has taken place. Moreover, the injunction may have had more adverse effects on women who were not sufficiently resourceful or had not the necessary level of education to have access to alternative sources of information. These are certainly legitimate factors to take into consideration in assessing the proportionality of the restriction*” (par. 73 e 77).

⁴ Si allude alla sentenza *Lopez Ostra c. Spagna* del novembre 1994. La signora Lopez Ostra viveva, con la sua famiglia, in un distretto industriale distante poche centinaia di metri dalla città di Lorca. Accanto alla sua abitazione, sul suolo comunale, era stato costruito un impianto di depurazione dei rifiuti di numerose concerie, tutte di proprietà della piccola società privata Sacursa. L'impianto era stato messo in funzione senza che si fosse neppure iniziata la procedura per ottenere l'autorizzazione delle Autorità comunali; successivamente, a seguito di un malfunzionamento, esso aveva iniziato a rilasciare fumo, esalazioni pestilenziali e sostanze inquinanti, che avevano immediatamente causato problemi di salute e disagi a molti abitanti di Lorca (tra cui la figlia della ricorrente). Le Autorità comunali avevano allora evacuato i residenti, offrendo loro gratuitamente un'abitazione nel centro della città per tre mesi, e contestualmente ordinato la cessazione di parte dell'attività del depuratore, autorizzando invece la continuazione del trattamento delle acque di scarico contaminate con il cromo. La ricorrente si era rivolta prima al tribunale

legislativo⁶: in assenza del “filtro” del controllo formale su una legge, essa è naturalmente portata ad affrontare i problemi nella loro sostanza: a valutare se – per intenderci – la signora Lopez Ostra e i suoi familiari, costretti a “convivere” con le esalazioni pestilenziali rilasciate da un impianto di depurazione dei rifiuti situato in un’area limitrofa alla loro abitazione, abbiano subito o meno un pregiudizio del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare;

amministrativo della zona (senza ottenere che venisse preso alcun provvedimento) e poi al *Tribunal constitucional*, che aveva dichiarato il ricorso manifestamente infondato (dal momento che non sussisteva alcun pericolo per la vita o per l’integrità fisica sua o dei suoi familiari e che nessuna autorità pubblica aveva imposto loro di abbandonare la propria abitazione). La signora Lopez Ostra aveva, dunque, presentato ricorso agli organi della Convenzione europea, lamentando l’inattività delle Autorità competenti: il suo diritto al rispetto per l’abitazione era stato violato, e ciò aveva reso la sua vita privata e familiare impossibile. La Corte di Strasburgo, sposando sostanzialmente la tesi della ricorrente, aveva infine riscontrato una violazione dell’art. 8 CEDU, contraddicendo in pieno – in tal modo – il *Tribunal constitucional*.

⁵ E’ quel che è accaduto nella sentenza *Jelo c. Italia* del dicembre 2005. Il ricorrente – allora Pubblico Ministero presso il Tribunale di Milano – aveva sporto querela per diffamazione a mezzo stampa nei confronti di una parlamentare italiana; il processo, tuttavia, si era arrestato in fase di dibattimento, poiché la Camera di appartenenza aveva frapposto una delibera di insindacabilità delle dichiarazioni rese da quest’ultima. Il Tribunale aveva pertanto sospeso il processo, sollevando conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale, la quale aveva, tuttavia, rigettato il ricorso. La Corte di Strasburgo, investita della questione, ha ritenuto che il bilanciamento effettuato, a livello nazionale, tra il diritto di accesso alla giustizia del ricorrente e le esigenze soggiacenti alla disciplina delle immunità parlamentari non fosse corretto: “dans la présente affaire, à la suite de la délibération du 22 octobre 1997, doublée de la déclaration de la Cour constitutionnelle selon la quelle il appartenait à la Chambre des Députés d’affirmer que les déclarations faites par M^{me} Parenti étaient couvertes par l’immunité prévue à l’article 68 par. 1 de la Constitution, les poursuites entamées contre M^{me} Parenti ont été classées, et le requérant s’est vu priver de la possibilité d’obtenir quelque forme de réparation que ce soit pour son préjudice allégué” (par. 44). Per un’analisi accurata della vicenda e dei profili penalistici ad essa sottesi, si rimanda ad A. GULLO, *Le immunità come limite alla tutela penale?*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*

⁶ V. ZAGREBELSKY, *I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritti umani*, in P. BILANCIA – E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004, p. 99 ss. L’Autore sottolinea, peraltro, come la differenza quanto all’oggetto del giudizio – che appare nettissima in linea di principio – sia molto meno percepibile quando ci si sposta sul piano concreto: “la Corte costituzionale, invero, pur dovendo limitare il suo giudizio alla valutazione di costituzionalità di un atto generale e astratto come la legge, è spesso pressata da esigenze di giustizia che emergono dal caso concreto, che ha dato origine alla questione di costituzionalità. Non diversamente (ma a rovescio) accade che la Corte di Strasburgo debba esaminare possibili lesioni dei diritti previsti dalla Convenzione, che sono la diretta conseguenza delle leggi” (p. 94). Così anche V. ONIDA, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le Corti sovranazionali*, in P. BILANCIA – E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello*, cit., p. 105 ss. Secondo l’Autore, “molti, fra le centinaia di incidenti di costituzionalità sollevati ogni anno, esplicano una funzione non del tutto dissimile da quella che ha, in altri ordinamenti, il ricorso individuale alla Corte per la tutela dei diritti, cioè quella di promuovere soluzioni costituzionalmente corrette dei casi concreti” (p. 106).

2) dall'impossibilità per la Corte di Strasburgo di annullare la legge, l'atto amministrativo o la sentenza che abbia eventualmente dato luogo, sul piano del diritto interno, alla violazione delle garanzie per la libertà individuale sancite dalla Convenzione: proprio perché (come si vedrà tra breve) le sue pronunce hanno valore meramente dichiarativo, essa è portata a farsi condizionare ben poco dal timore di urtare la "suscettibilità" dei giudici costituzionali nazionali⁷.

In secondo luogo, è possibile rilevare come la Corte europea tenda sempre più a ingerirsi nelle vicende interne dell'esecuzione, enfatizzando quello che si potrebbe definire come l'"effetto conformativo" delle proprie sentenze. Sebbene queste ultime abbiano – in base a quel che risulta dal testo della Convenzione, e in sintonia con quanto affermato dagli organi chiamati ad applicarla – valore puramente dichiarativo, sono infatti numerosi i fermenti che preludono a un sostanziale superamento di questa impostazione⁸. Sempre più spesso la parte motivata o, addirittura, il dispositivo delle sentenze contengono l'indicazione delle misure di carattere individuale e/o generale che lo Stato chiamato a rispondere è tenuto ad adottare per ripristinare la situazione antecedente alla violazione e/o per evitare che si verifichino, in futuro, lesioni dei diritti fondamentali analoghe a quella riscontrata⁹.

⁷ A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA – E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello*, cit., p. 95.

⁸ Per un'analisi approfondita sul punto si rimanda ad A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005, p. 89 ss.

⁹ Emblematici sono, ad es., i seguenti passaggi della sentenza *Sejdovic c. Italia*, pronunciata il 10 novembre 2004: "In view of the *systemic situation* which it has identified, the Court would observe that *general measures at national level are undoubtedly called for in the execution of the present judgment*. The measures must be such as to remedy the systemic defect underlying the Court's finding of a violation, so that persons in a comparable situation to Mr Sejdovic do not have to suffer a similar breach of their rights under Article 6 of the Convention. The Court considers that the respondent State must remove every legal obstacle that might prevent anyone convicted in absentia who, having not been effectively informed of the proceedings against him, has not unequivocally waived the right to appear at his trial from obtaining either an extension of the time allowed for appealing a new trial, so as to guarantee the right of those concerned to obtain a fresh determination of the merits of the charge against them by a court which has heard them in accordance with the requirements of Article 6 of the Convention. The respondent State must therefore make provision, by means of appropriate regulations, for a new procedure capable of securing the effective realization of the entitlement in

Le ragioni di tale “attivismo” – peraltro confinato, per il momento, a casi in cui le concrete modalità di adempimento erano pressoché scontate – risiedono essenzialmente nell’esigenza, avvertita dai giudici di Strasburgo, di indicare a chiare lettere quali siano, a livello statale, le conseguenze dell’accertamento dell’avvenuta violazione: è importante sottolineare come – proprio in un’ottica di valorizzazione del ruolo della Corte nella fase “propedeutica” all’esecuzione – con la Risoluzione n. 3 del 12 maggio 2004 il Comitato dei Ministri abbia non soltanto dato il proprio *placet* a questa pratica, ma abbia anzi provveduto a incoraggiarla. L’imminente entrata in vigore del Protocollo n. 14 – che riforma l’art. 46 CEDU¹⁰, introducendo una procedura di infrazione attivabile dal Comitato di fronte alla Corte quando lo Stato interessato rifiuti, nonostante le ammonizioni, di conformarsi alla sentenza definitiva pronunciata nei suoi confronti – costituirà, del tutto presumibilmente, un ulteriore passo in avanti su questa strada, anche in considerazione della possibilità, per la Corte, di fornire una sorta di “interpretazione autentica” delle proprie pronunce quando queste presentino margini di ambiguità.

question while ensuring respect for the rights guaranteed in Article 6 of the Convention” (par. 46 e 47).

¹⁰ Sembra opportuno riportare di seguito il testo della norma, che reca ancora la rubrica “*Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*”:

“1. Le Alte Parti contraenti s’impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte.

2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l’esecuzione.

3. Ove il Comitato dei Ministri ritenga che la sorveglianza di una sentenza definitiva è intralciata dalla difficoltà d’interpretare tale sentenza, essa può investire la Corte affinché si pronunzi su tale questione d’interpretazione. La decisione di investire la Corte è presa con un voto a maggioranza di due terzi dei rappresentanti aventi diritto ad un seggio nel Comitato.

4. Ove il Comitato dei Ministri ritenga che un’Alta Parte contraente rifiuti di attenersi ad una sentenza definitiva in una controversia di cui è parte, esso può, dopo aver messo in mora questa Parte e mediante una decisione adottata con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti aventi diritto ad un seggio nel Comitato, investire la Corte della questione dell’osservanza di questa Parte degli obblighi relativi al paragrafo 1.

5. Se la Corte accerta una violazione del paragrafo 1, essa rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché esamini i provvedimenti da adottare. Qualora la Corte accerti che non vi è stata violazione del paragrafo 1, essa rinvia il caso al Comitato dei Ministri, il quale decide di porre fine al suo esame”.

Da ultimo, pare opportuno soffermarsi sull'accentuazione degli "effetti indiretti" delle sentenze della Corte europea. Se, infatti, queste ultime producono "effetti diretti" soltanto nei confronti del Paese che si sia reso responsabile della violazione (obbligandolo ad adottare le misure necessarie per rimuovere le cause della stessa e per impedire che si verifichino abusi analoghi, come si è visto poc'anzi), è innegabile come i precedenti giurisprudenziali condizionino in misura sempre maggiore anche gli Stati terzi, per i quali – a rigor di logica – il *decisum* della Corte non dovrebbe esplicare effetto alcuno¹¹.

E' stato giustamente rilevato, in dottrina, come spesso i due piani vengano sovrapposti¹², così che non sempre riesce semplice distinguere tra conseguenze *inter partes* e conseguenze *erga omnes* delle sentenze rese a Strasburgo. Ciò dipende, indubbiamente, dalle strettissime interconnessioni esistenti, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti, tra il singolo caso concreto e le sue "ricadute" sulle pronunce successive¹³: poiché il diritto di Strasburgo è, essenzialmente, *judge-made law*, ciascun *arrêt* – oltre a dettare la regola di decisione per il caso di specie – va a sommarsi ai precedenti orientati nello stesso senso, così "preformando" la regola di decisione che verrà utilizzata, in futuro, per definire casi analoghi.

¹¹ A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea*, cit., p. 129, nonché *funditus* p. 139 ss.

¹² B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2002, pp. 1335 e 1336.

¹³ V. ZAGREBELSKY, *I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 100. L'Autore cita, a questo proposito, la "curiosa" opinione concordante del giudice J.P. Costa nella sentenza *Lallement c. Francia* dell'11 aprile 2002, di cui si riporta di seguito il passo più significativo: "Prenant en compte l'aspect humain de cette affaire – et après tout cela ne me choque nullement qu'une Cour des droits de l'homme ne fasse pas que du droit 'pur' –, il m'a semblé finalement que la charge imposée à M. Lallement et à sa famille, en dépit du caractère non négligeable des indemnités perçues, pouvait en l'espèce être qualifiée de spéciale et exorbitante. Je réaffirme cependant qu'il s'agit ici d'une situation très particulière, *qui ne devrait pas selon moi avoir une portée jurisprudentielle trop extensive*. L'arrêt relève justement, d'ailleurs, que la requête doit être, et a été, appréciée *in concreto*" (nel caso di specie, relativo all'espropriazione di un terreno privato, la Corte – pur ritenendo congruo l'indennizzo corrisposto – aveva comunque ravvisato una violazione dell'art. 1 del 1° Protocollo, dato che il signor Lallement avrebbe potuto continuare ad allevare, nella porzione di terreno rimasta nella sua disponibilità, soltanto una dozzina delle trenta mucche da cui dipendeva interamente il sostentamento suo e della sua famiglia).

Ora, la tendenza della Corte europea sembra essere, sempre più, quella di potenziare gli “effetti indiretti” delle proprie sentenze: lo dimostrano le pronunce in cui essa ha riconosciuto l'immediata applicabilità di una propria precedente regola giurisprudenziale perché sufficientemente precisa e completa¹⁴, o quelle in cui ha criticato l'operato di Corti nazionali che avevano ritenuto conformi alla Convenzione leggi interne identiche a quelle di altri Stati membri che già erano state censurate a Strasburgo¹⁵. Accanto alla vincolatività di ciascuna singola pronuncia (per lo Stato di volta in volta “soccombente”) si evidenzia, dunque, un altro tipo di “vincolatività”, che attiene alla giurisprudenza di Strasburgo nel suo complesso: è soprattutto su questo secondo versante che gli *input* provenienti dal sistema CEDU condizionano i giudici nazionali chiamati ad applicare la Convenzione¹⁶.

B) Il secondo aspetto di cui si deve dar conto è la crescente attenzione per il “sistema CEDU” dimostrata, di recente, dal legislatore italiano.

Un primo passo in questa direzione è rappresentato dalla l. 24 marzo 2001, n. 89 (cd. “legge Pinto”), con cui si è istituita una via di ricorso interno per la riparazione del danno derivante dalla violazione dell'art. 6 par. 1 CEDU, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo¹⁷.

¹⁴ E' quel che è accaduto nel caso *Vermeire c. Belgio* del novembre 1991, in cui la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 8 CEDU perché i giudici nazionali non si erano conformati alla regola giurisprudenziale “preformata” nel caso *Marckx*; regola giurisprudenziale che, appunto, non difettava dei requisiti della completezza e della precisione. Cfr., a questo proposito, A. GUZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, pp. 35 e 36.

¹⁵ Così, nella sentenza *Modinos c. Cipro* dell'aprile 1993, il giudice di Strasburgo ha “ripreso” la Corte costituzionale cipriota che, in aperto contrasto con il divieto di incriminazione delle pratiche omosessuali tra adulti consenzienti enunciato a chiare lettere fin dal caso *Dudgeon c. Regno Unito* del 1981.

¹⁶ Vedi *infra*, par. 5.

¹⁷ Non è certo questa la sede per dar conto dell'ampio dibattito dottrinale cui la l. n. 89/2001 ha dato origine. Si rimanda, sul punto, a G. CONSO, *La legge Pinto: passo ineluttabile anche se certamente non decisivo*, in *I diritti dell'uomo*, fascicolo monografico dedicato a *Equa riparazione per la durata irragionevole del processo*, 2001.

Ancora, il D.P.R. 28 novembre 2005, n. 289 ha inserito all'art. 19 D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 i commi *2-bis* e *2-ter*, che prevedono l'iscrizione nel casellario giudiziale dell'estratto delle decisioni definitive della Corte europea relative ai provvedimenti giudiziari e amministrativi già iscritti, di seguito alla preesistente iscrizione.

Con la l. 15 dicembre 2005, n. 280 il legislatore ha, poi, ratificato e dato esecuzione al Protocollo n. 14, sottoscritto a Strasburgo il 13 maggio 2004, che – come si è accennato – riforma il sistema di controllo della Convenzione attribuendo poteri più pervasivi al Comitato dei Ministri e alla Corte.

Infine, la l. 9 gennaio 2006, n. 12 ha attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri una serie di competenze in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea¹⁸.

Anche il legislatore nazionale, dunque, mostra di voler “prendere sul serio” il diritto di Strasburgo, a ciò indotto con ogni probabilità dalla sempre maggiore intransigenza che, come si diceva, caratterizza l'operato della Corte e del Comitato dei Ministri.

C) Da ultimo, è necessario dar conto di una modalità di composizione dei conflitti tra normativa interna e diritto convenzionale adottata, di recente, da alcuni giudici di merito: quella della disapplicazione della disposizione nazionale contrastante con gli obblighi nascenti a Strasburgo.

Questo itinerario – che, come meglio si esaminerà in seguito, si traduce in un sostanziale aggiramento del sindacato di legittimità costituzionale – si aggiunge a quelli, ormai ampiamente battuti, dell'interpretazione conforme e dell'eccezione di incostituzionalità per

¹⁸ La l. n. 12/2006 ha inserito all'art. 5, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400 – che elenca le competenze del Presidente del Consiglio – la lettera *a-bis*, che così recita: “(il Presidente del Consiglio, n.d.r.) *promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano; comunica tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce,*”.

contrasto con le norme di matrice convenzionale, caratterizzandosi tuttavia, rispetto a questi ultimi, per una dose di “spregiudicatezza” ben maggiore¹⁹.

Stupisce, a fronte dell’attivismo mostrato da tutti gli altri attori istituzionali, la singolare inerzia del giudice delle leggi: nel paragrafo seguente si tenterà di guardare più da vicino alle pronunce rese dalla Corte costituzionale in tema di Convenzione europea e “diritto di Strasburgo”, alla ricerca di *Leitmotive* e punti fermi.

2. L’atteggiamento “autarchico” della Corte costituzionale.

Com’è noto, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 4 agosto 1955 n. 848.

Dal momento che, secondo un orientamento consolidato in giurisprudenza, il rango delle disposizioni di matrice convenzionale coincide – almeno in via tendenziale – con quello dello strumento normativo con cui si è provveduto all’adattamento²⁰, alla CEDU – resa esecutiva con legge ordinaria – spetterebbe la stessa posizione gerarchica della fonte di adeguamento, sia quanto all’efficacia attiva (ossia la possibilità di “influenzare”, *lato sensu*, il diritto nazionale) sia quanto a quella passiva (intesa come resistenza all’abrogazione). Essa sarebbe pertanto, secondo i normali principi di coordinamento tra norme:

- a) subordinata alla Costituzione;
- b) sovraordinata rispetto alle fonti secondarie;
- c) soggetta ai criteri *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generali*, e quindi abrogabile da leggi successive che disciplinino la stessa materia.

¹⁹ Vedi *infra*, par. 4.

²⁰ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2001, p. 312.

Il suo contenuto – senza dubbio affine a quello dei *bill of rights* contenuti nelle Carte costituzionali moderne – ha, tuttavia, interpellato a più riprese gli interpreti, spingendoli a riflettere sull'opportunità di temperare la perentorietà di tale orientamento.

Fin dalla seconda metà degli anni Sessanta la Corte è stata “costretta” a confrontarsi con le disposizioni della CEDU, richiamate dai giudici *a quibus* come parametri per il giudizio accanto alle norme della Costituzione.

In un primo momento, essa ha evitato di pronunciarsi sulla loro “forza formale”, dando l'impressione di voler tenere a debita distanza tale “spinosa” questione²¹.

²¹ Nella sentenza n. 98 del 1965, la Corte – chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale, degli artt. 33 co. 2, 41 e 92 ultimo comma del Trattato istitutivo della CECA (ratificato con l. 25 giugno 1952, n. 766), che attribuivano alla Corte di Giustizia l'esclusiva competenza sui ricorsi promossi contro i provvedimenti dell'Alta Autorità, così violando, secondo il giudice *a quo*, gli artt. 102 e 113 Cost. – affermò che “le disposizioni denunciate sono fuori dal dettato degli artt. 102 e 113 della Costituzione. Tali articoli concernono soltanto la tutela dei diritti e degli interessi che sono attribuiti ad ogni soggetto per la sua posizione nell'ordinamento interno, e non dei diritti e degli interessi che gli derivano dalla sua posizione in un ordinamento estraneo, com'è quello della C.E.C.A. La C.E.C.A., avendo lo scopo di coordinare alcune iniziative economiche svolgentisi nel territorio di più Stati, compone un ordinamento del tutto distinto da quello interno; il quale ha riconosciuto l'ordinamento comunitario, non per inserirlo nel suo sistema, ma per rendere in questo operante la cooperazione internazionale che è nei suoi fini, e per delimitare i casi in cui ha effetti interni l'attività che gli organi della comunità sono legittimati a svolgere nella cerchia della rispettiva competenza. *Non si nega che codesti effetti vanno determinati senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale; questo diritto è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848.* Ma l'ordinamento comunitario assicura la tutela giurisdizionale contro gli atti dei suoi organi che riguardano singoli soggetti (il solo punto ritenuto rilevante dal giudice a quo): appresta infatti una protezione mediante impugnazione ad una Corte di giustizia che, secondo il preciso testo dell'art. 31 del trattato, ha il compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme che compongono il suo sistema e che è costituita ed opera secondo regole corrispondenti alle linee fondamentali del nostro ordinamento giurisdizionale, anche se non ne ripetono pedissequamente la normativa, non in tutto conveniente ad un organo di formazione internazionale”.

Nella pronuncia n. 18 del 1966 – in cui la Consulta dichiarò costituzionalmente legittimi, in riferimento agli artt. 3 e 21 Cost., gli artt. 164 n. 1 c.p.p. e 684 c.p., che incriminavano la pubblicazione a mezzo stampa di determinati atti processuali – i riferimenti alla CEDU sono più ampi: “*nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, si afferma che l'esercizio della libertà di espressione, (comprendente la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare le informazioni o le idee senza che possa esservi ingerenza di autorità pubbliche), comportando dei doveri e delle responsabilità, può essere sottoposto a certe formalità, condizioni, restrizioni e sanzioni previste per legge, le quali costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla prevenzione del delitto, alla protezione della reputazione e dei*

Con la pronuncia n. 104 del 1969 essa si è, invece, parzialmente discostata dalla “logica dell’*hic sunt leones*” cui si conformavano le sentenze precedenti.

La questione di costituzionalità – proposta con cinque ordinanze da più giudici *a quibus* – riguardava gli artt. 1 e 2 d. lgs. 11 febbraio 1948, n. 50, che prescrivevano, rispettivamente, un aumento delle pene comminate dall’art. 109 t.u.l.p.s. per gli albergatori che omettessero le denunce di arrivo, partenza e destinazione per gli stranieri e apolidi alloggiati, e l’estensione dell’obbligo della denuncia, con la relativa sanzione in caso di omissione, per coloro che dessero ospitalità a stranieri o apolidi, anche se parenti o affini, o li assumessero al lavoro.

Tra i parametri di riferimento, accanto agli artt. 2, 3 e 10 Cost., alcuni tra i giudici rimettenti avevano dedotto gli artt. 14, 16 e soprattutto 8 CEDU²²: la Corte, pur avendo riconosciuto che “il secondo comma dell’art. 8 della Convenzione ha, nei confronti delle correlative norme della Costituzione *qualche sfumatura di migliore precisazione della tutela della riservatezza*”, affermò che tale disposizione non esclude che possano aversi, in quest’ambito, ingerenze da parte della pubblica autorità, ritenendo che le disposizioni interne censurate armonizzassero perfettamente con il dettato della normativa internazionale.

Preliminarmente, però, essa ritenne opportuno affrontare l’ulteriore questione sollevata dal pretore di San Donà di Piave, che si domandava quale fosse la forza di resistenza attribuibile alla Convenzione (adombrando la possibilità di una sua qualificazione costituzionale per il tramite degli artt. 2 e 10 Cost.): “la Corte, che nella sentenza n. 32 del 1960

diritti altrui... od a garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario" (art. 10). *Ed un richiamo espresso alla stampa è fatto dall'art. 6 della stessa Convenzione, laddove, trattando della pubblicità delle udienze, si prevede che può essere vietato alla stampa ed al pubblico l'accesso alla sala d'udienza, allorquando "la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia".*

Ancora, nella sentenza n. 120 del 1967 – in cui venne dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Sondrio per contrasto con gli artt. 3 e 27 co. 3 Cost., dell’art. 139 della legge doganale 25 settembre 1940, n. 1424, che imponeva che fosse mantenuto in stato d’arresto lo straniero che non avesse prestato una cauzione o una malleveria – la Corte trasse argomenti validi per corroborare la propria tesi dall’esame di più norme della CEDU, come si legge nei passi seguenti: “che la concessione della libertà provvisoria sia subordinata alla prestazione di cauzione o malleveria è cosa ammessa nel nostro ordinamento e negli ordinamenti di tante altre nazioni; è cosa anche espressamente prevista nell’art. 5, n. 3, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo, cui è stata data esecuzione in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848. (...) *la disposizione denunciata non viola un diritto fondamentale dell’uomo assicurato dall’art. 2 della Costituzione e dalle norme di diritto internazionale, richiamate dall’art. 10, secondo comma, della stessa Costituzione*, quali risultano dagli artt. 5 e 6 della Convenzione europea e dagli artt. 9 e 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (*Dichiarazione qui richiamata prescindendo da ogni indagine, non necessaria ai fini del giudizio, circa il suo valore giuridico*)”.

²² L’art. 8 sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza; l’art. 14 impone che il godimento dei diritti fondamentali sia assicurato a tutti, senza discriminazioni di sorta; l’art. 16 autorizza le limitazioni all’attività politica degli stranieri, con ciò implicitamente vietando che gli stessi siano sottoposti a restrizioni nell’esercizio degli altri diritti di libertà tutelati dalla Convenzione.

ebbe a ritenere che la disposizione dell'art. 10 si riferisce alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e non ai singoli impegni assunti nel campo internazionale dallo Stato, nel riportarsi a tale suo avviso, *non ritiene necessaria, ai fini della risoluzione dei problemi formanti oggetto di questo giudizio, ogni ulteriore indagine sull'argomento*. E ciò perché, *anche se le citate norme della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo avessero quella forza di resistenza che il pretore di San Donà di Piave mostra di ritenere, la soluzione del caso non cambierebbe*, non essendo dubitabile che, anche in presenza dei diritti garantiti dai richiamati articoli di detta Convenzione, abbiano rilevanza le differenze di fatto esistenti fra i soggetti tutelati, con le conseguenze di cui si è innanzi discusso”.

Come è stato acutamente rilevato in dottrina, la Consulta ha, dunque, provveduto ad armonizzare le disposizioni interne con quelle di matrice convenzionale come se stesse affrontando un normale problema di interpretazione e coordinamento di testi normativi di pari grado, che persino gli stessi giudici *a quibus* avrebbero potuto risolvere senza troppe difficoltà: quasi a voler escludere, *pro futuro*, questioni di costituzionalità basate sull'equiparazione delle norme della CEDU alla Costituzione²³.

Ciò nondimeno, incalzata dai giudici ordinari – che sempre più spesso invocavano la CEDU come parametro di legittimità costituzionale delle norme interne – negli anni Ottanta la Corte ha espresso in modo più categorico l'equivalenza tra il rango delle norme di origine convenzionale e quello della fonte interna di adeguamento.

Una delle pronunce più esemplificative è la sentenza n. 188 del 1980.

La questione di legittimità costituzionale sollevata dai giudici remittenti riguardava il presunto contrasto tra gli artt. 125 e 128 del codice di procedura penale allora vigente e gli artt. 2, 3, 10, 11, 21 e 24 Cost., 14 n. 3 lett. d) Patto internazionale sui diritti civili e politici e, per l'appunto, 6 n. 3 lett. c) CEDU.

Secondo i giudici *a quibus*, l'imposizione della difesa tecnica e la correlativa esclusione dell'autodifesa nel processo penale italiano (eccettuata l'ipotesi, del tutto marginale, dei cd. “reati bagatellari”) era lesiva delle suddette norme costituzionali e irrispettosa degli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione europea e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici. L'art. 6 n. 3 lett. c) CEDU, in particolare, con la sua previsione alternativa e disgiunta della difesa

²³ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994, p. 86.

personale e della difesa tecnica, rappresentava non una “regola minima”, ma piuttosto una “regola massima” cui tendere, nel rispetto di una visione libertaria ed egualitaria dell’uomo, reputato pienamente capace di difendersi da solo. I remittenti evidenziavano inoltre come la difesa d’ufficio si rivelasse, in molti casi, nient’altro che una “farsa processuale”, e che il rapporto tra il giudice e l’imputato – nel caso in cui fosse mancata la “mediazione” del difensore – sarebbe stato più diretto e personale (garantendo così il superamento di una visione antagonistica del processo penale).

Significativo è il seguente passaggio della pronuncia, espressione della categoricità (cui prima si accennava) con la quale la Corte negò, in quell’occasione, che le norme della Convenzione europea e del Patto sui diritti civili e politici avessero rango costituzionale: “la Corte condivide il prevalente orientamento della dottrina e della giurisprudenza per il quale, *in mancanza di specifica previsione costituzionale, le norme pattizie, rese esecutive nell’ordinamento interno della Repubblica, hanno valore di legge ordinaria. Resta così esclusa la prospettività, per questo aspetto, di una questione di legittimità costituzionale*, tanto più quando le disposizioni convenzionali vengono poste, di per sé sole, quali parametri di giudizio”.

Quanto alle norme invocate dai giudici *a quibus* per affermare il rango formalmente costituzionale della Convenzione, la Consulta escluse – in linea con la propria costante giurisprudenza – le norme internazionali convenzionali, ancorché generali, dall’ambito di operatività dell’art. 10 Cost.; ribadì il carattere “chiuso” dell’art. 2 Cost., ed asserì che l’art. 11 Cost. non poteva venire in considerazione, dal momento che la disciplina internazionale richiamata non appariva in alcun modo limitativa della sovranità nazionale. Ciò premesso, la Corte si soffermò poi sull’art. 6 n. 3 lett. c) CEDU, proponendo un’interpretazione alternativa rispetto a quella dei remittenti: secondo la Consulta, infatti, tale disposizione non obbligava affatto gli Stati contraenti a garantire agli imputati l’esercizio dell’autodifesa, e le scelte del legislatore nazionale si ponevano dunque in perfetta sintonia con esso²⁴.

La successiva sentenza n. 10 del 1993 costituisce, apparentemente, il punto di maggior apertura della Corte nei confronti della CEDU.

I giudici *a quibus* lamentavano il contrasto dell’art. 555 co. 3 c.p.p. e del combinato disposto degli artt. 456 co. 2 e 458 c.p.p. con gli artt. 3 co. 1, 24 co. 2 e 76 Cost., nonché con l’art. 6 n. 3 lett. a) della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e con l’art. 14 co. 3 lett. a) del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

²⁴ In modo piuttosto inconsueto, la Corte ha addirittura citato nella pronuncia un ricorso alla Commissione europea dei diritti dell’uomo contro uno Stato il cui ordinamento interno imponeva la rappresentanza di un avvocato di fronte al Tribunale superiore: dal rigetto del ricorso (motivato dalla Commissione con il rilievo che la norma della CEDU non obbliga gli Stati a garantire una assoluta libertà di accesso ai Tribunali di ultima istanza, quando ciò sia disposto allo scopo di assicurare una buona amministrazione della giustizia) la Corte trasse – forse più a torto che a ragione – la conferma della propria interpretazione dell’art. 6 n. 3 lett. c) CEDU.

Le suddette norme non prevedevano la traduzione del decreto di citazione a giudizio e dell'avviso contemplato dall'art. 456 co. 2 (comprensivo del termine entro cui chiedere il giudizio abbreviato) nella lingua originale dell'imputato straniero che ignorasse l'italiano: ciò comportava, secondo i remittenti, una lesione del suo diritto di difesa, e – al contempo – una violazione dell'obbligo di rispettare le convenzioni internazionali relative ai diritti della persona e al processo penale, imposto dall'art. 2 l. n. 81/1987 (contenente la delega per l'emanazione di un nuovo codice di procedura penale). Non traendo dal principio della *lex posterior* la conseguenza dell'abrogazione della normativa di attuazione della CEDU e del Patto sui diritti civili e politici a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, la Corte affermò invece quanto segue: “le norme internazionali appena ricordate sono state introdotte nell'ordinamento italiano con forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione e sono tuttora vigenti, non potendo, certo, esser considerate abrogate dalle successive disposizioni del codice di procedura penale, non tanto perché queste ultime sono vincolate alla direttiva contenuta nell'art. 2 della legge delega del 16 febbraio 1987 n. 81 (...), quanto, piuttosto, perché si tratta di *norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria*. Grazie al collegamento delle norme ora richiamate con l'art. 143 c.p.p., che ad esse assicura la garanzia dell'effettività e dell'applicabilità in concreto, il diritto dell'imputato ad essere immediatamente e dettagliatamente informato nella lingua da lui conosciuta della natura e dei motivi dell'imputazione contestatagli dev'esser considerato un diritto soggettivo perfetto, direttamente azionabile (...). E, poiché si tratta di un diritto la cui garanzia, ancorché esplicitata da atti aventi il rango della legge ordinaria, esprime un contenuto di valore implicito nel riconoscimento costituzionale, a favore di ogni uomo (cittadino o straniero), del diritto inviolabile alla difesa (art. 24, comma 2, Cost.), ne consegue che, in ragione della natura di quest'ultimo quale principio fondamentale, ai sensi dell'art. 2 Cost., il giudice è sottoposto al vincolo interpretativo di conferire alle norme, che contengono le garanzie dei diritti di difesa in ordine alla esatta comprensione dell'accusa, un significato espansivo, diretto a render concreto ed effettivo, nei limiti del possibile, il sopra indicato diritto dell'imputato”.

La pronuncia non può non sollevare qualche perplessità.

In primo luogo, dal momento che la Corte non ha, in concreto, riscontrato alcun contrasto tra le norme interne oggetto del giudizio e quelle di natura internazionale, il passo appena riportato è, in realtà, un *obiter dictum*, peraltro di portata molto ampia.

In secondo luogo, il contenuto innovativo della pronuncia avrebbe indubbiamente richiesto una minore stringatezza argomentativa. La Corte, infatti, non ha precisato sotto quale profilo la fonte debba considerarsi

atipica. Due sono le alternative di fronte alle quali è posto l'interprete: ritenere che l'atipicità attenga a tutte le norme esecutive di accordi internazionali (e che quindi essa sia tale sotto il profilo della procedura) o ritenere che, invece, essa concerna le sole convenzioni internazionali sui diritti umani (e riguardi, cioè, il profilo della materia)²⁵. L'affermazione si mostra, in definitiva, oscura ed equivoca: forse proprio tale ambiguità di fondo (oltre al fatto che – come già si è rilevato – l'inciso è stato pronunciato *ad abundantiam*) ha determinato che l'apertura della sentenza in esame non sia stata valorizzata dalla Corte nelle sentenze successive.

La pronuncia n. 399 del 1998 è un esempio della rinnovata "diffidenza" della Corte nei confronti delle integrazioni da parte di norme di matrice internazionale.

Il giudice *a quo* aveva sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 160 c.p.p. – che prevedevano, in caso di irreperibilità e di efficacia del decreto di irreperibilità, che le notificazioni fossero eseguite mediante consegna di copia al difensore – in rapporto agli artt. 3, 24 e 11 Cost. Proprio quest'ultima norma doveva – secondo il remittente – ritenersi violata, poiché gli articoli del codice di rito contrastavano con l'art. 6 CEDU, letto anche alla luce della sentenza *Colozza c. Italia* resa dalla Corte europea il 12 febbraio 1985.

La Corte ha, per così dire, "corretto" il giudice *a quo*, sostituendo – con un semplice *recte* tra parentesi – il riferimento all'art. 11, da questi indicato, con quello all'art. 10 Cost.²⁶. Così facendo, essa sembrerebbe aver ribaltato il proprio consolidato orientamento secondo il quale il "trasformatore permanente" dell'art. 10 opera solo in riferimento al diritto internazionale consuetudinario, e non a quello pattizio, e il fatto che l'indicazione del parametro del giudice *a quo* sia stata corretta anche nel dispositivo (e non solo nell'ordinanza di rimessione) farebbe pensare che non si sia trattato di una semplice "svista". Tuttavia, pare irrealistico – data anche l'estrema concisione con cui il giudice delle leggi ha richiamato l'art. 10 Cost. – considerare la sentenza come un punto di svolta nella sua giurisprudenza in materia; piuttosto, si potrebbe pensare, il fatto che la Corte abbia provveduto a sostituire il parametro addotto dal remittente con uno diverso mostra come – al di là del contrasto sulla norma da cui far discendere la copertura costituzionale – l'esistenza di una copertura sia data, in ultima analisi, per scontata²⁷.

²⁵ E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, in *Giur. Cost.* 1993, p. 73.

²⁶ G. SORRENTI, *La Corte corregge il giudice a quo o piuttosto... se stessa? In tema di "copertura" costituzionale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Giur. Cost.* 1999, p. 2301.

²⁷ G. SORRENTI, *La Corte corregge il giudice a quo*, cit., p. 2306.

Ma la sentenza in esame è importante anche perché emblematica dell'atteggiamento "autarchico" fatto proprio dal giudice delle leggi, che – in rapporto all'art. 24 Cost. – ha affermato che la norma, rispetto agli accordi internazionali "appresta a favore dell'imputato *garanzie non meno pregnanti, certamente comprendenti il diritto*, che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali enuncia in maniera esplicita, *di avere notizia del procedimento che lo riguarda e di avere l'opportunità e il tempo di allestire le proprie difese*".

Anche nella successiva sentenza n. 388 del 1999 – concernente la valutazione del danno in sede di accertamento tecnico o ispezione giudiziale preventivi – la Consulta ha affermato la compiutezza del catalogo di diritti contenuto nella Costituzione.

Il giudice *a quo* aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 696 c.p.p. rispetto agli artt. 24 e 11 Cost. (quest'ultimo in riferimento all'art. 6 par. 1 CEDU), poiché la norma non consentiva a chi avesse urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato dei luoghi o la condizione di cose, di chiedere che la valutazione dei danni fosse effettuata contestualmente all'accertamento tecnico. La Corte non ha ritenuto che la norma del codice di procedura penale fosse in contrasto con il dettato della Convenzione europea, rigettando pertanto la questione in base al presupposto dell'"autosufficienza" dell'ordinamento nazionale.

E' quello che sembra emergere in questo passo della sentenza (che si conclude, peraltro, con un'affermazione piuttosto "sibillina"): "Indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale, mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione, è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: *non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 Cost.*, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona, ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, *le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*".

Come è stato correttamente rilevato, la pronuncia non smentisce, ma dà per presupposto, il crescente ricorso all'eterointegrazione di contenuti normativi; conferma, però, "che la Corte intende controllare i flussi di eterointegrazione che essa stessa crea"²⁸.

In questo senso – come è stato autorevolmente rilevato in dottrina – è forse possibile vedere in questa pronuncia (e non nella n. 10/1993) il

²⁸ C. PINELLI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. Cost.* 1999, p. 2999.

punto di maggior apertura della Consulta alla Convenzione²⁹. Inoltre, la concezione dell'art. 2 come fattispecie "aperta" (che la Corte sembra qui abbracciare) è ritenuta il punto di partenza dell'ipotesi di copertura costituzionale della CEDU elaborata in dottrina sulla base di questa disposizione³⁰.

Sembra importante esaminare, infine, la recentissima sentenza n. 393 del 2006.

Il Tribunale di Bari aveva sollevato – in relazione all'art. 3 Cost. – questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, l. 5 dicembre 2005, n. 251 (cd. ex Cirielli), nella parte in cui subordinava l'applicazione delle norme contenute nell'art. 6 della medesima legge (che modificava in senso favorevole il disposto degli artt. 157 e 160 c.p. in tema di prescrizione dei reati) ai soli procedimenti penali in cui non fosse stata ancora dichiarata l'apertura del dibattimento.

Secondo la prospettazione del giudice *a quo*, la norma impugnata avrebbe derogato ingiustificatamente all'art. 2 co. 4 c.p., che – com'è noto – impone l'applicazione retroattiva delle "disposizioni più favorevoli al reo". La Corte costituzionale – dopo aver ribadito che tale locuzione si riferisce a "*tutte quelle norme che apportino modifiche in melius alla disciplina di una fattispecie criminosa*", e dunque anche alle disposizioni che incidono sulla prescrizione del reato – ha ritenuto opportuno verificare la sussistenza di una sufficiente ragione giustificativa della deroga al principio di retroattività della *lex mitior*: principio che, non avendo rango costituzionale (a differenza del divieto di applicazione retroattiva delle norme più sfavorevoli per il reo, di cui all'art. 25 co. 2 Cost.), può ben sopportare deroghe da parte del legislatore ordinario³¹.

²⁹ G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e corti nazionali*, resoconto del seminario tenuto alla Luiss il 12 gennaio 2001, redatto da R. Calvano e M. Corrado, pubblicato sul sito www.luiss.it, nella sezione "*I mutamenti costituzionali in Italia nel quadro dell'integrazione europea*" dell'"Osservatorio costituzionale".

³⁰ L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*, in *Giur. Cost.* 1999, p. 3009.

³¹ Per operare tale valutazione, il giudice delle leggi ha preso in considerazione, in particolare, il fatto che la regola dell'applicazione retroattiva delle disposizioni più favorevoli al reo non è affermata soltanto dall'art. 2 c.p., ma è sancita sia a livello internazionale sia a livello comunitario: dall'analisi dell'art. 15, comma 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici (che codifica, appunto, il principio di retroattività della *lex mitior*), dell'art. 6, comma 2, del Trattato UE (che impone alle istituzioni comunitarie il rispetto dei diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dal "patrimonio costituzionale comune" degli Stati membri) e della giurisprudenza della Corte del Lussemburgo (*in primis*, del caso *Berlusconi*, nel quale il primato del diritto comunitario si assumeva intaccato dall'applicazione retroattiva di una legge più favorevole all'imputato, anche sotto il profilo della riduzione dei termini di prescrizione), la Corte ha rilevato che quella dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* "*è la regola, e che tale regola è derogabile in presenza di esigenze tali da prevalere su un principio il cui rilievo (...) non si fonda soltanto su una norma, sia pur generale e di principio, del codice penale*". La scelta da parte del legislatore di prescindere, pertanto, deve essere ispirata a criteri di ragionevolezza (e non soltanto apparire non manifestamente irragionevole): a giudizio della Corte, l'art. 10 co. 3 l. 251/2005 non si conforma a

Per il tema che qui si affronta merita di essere evidenziato il passo della pronuncia in cui la Corte – in relazione all'art. 15 del Patto sui diritti civili e politici – ha posto l'accento sulla *“forza giuridica”* che essa ha in più occasioni riconosciuto *“alle norme internazionali relative ai diritti fondamentali della persona”*. In particolare, i giudici di costituzionalità hanno ripreso testualmente il *dictum* della sentenza n. 15/1996³², in cui, ancora a proposito del Patto di New York, “si è affermato che le sue norme non possono essere assunte *“in quanto tali come parametri nel giudizio di costituzionalità delle leggi”* (cosicché ‘una loro eventuale contraddizione da parte di norme legislative interne non determinerebbe di per sé – cioè indipendentemente dalla mediazione di una norma della Costituzione – un vizio d’incostituzionalità’), ma che ciò non ‘impedisce di attribuire a quelle norme *grande importanza nella stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme contenute nella Costituzione”*.”

Sembrerebbe che la Corte abbia voluto qui estendere tale considerazione a tutti gli strumenti internazionali di protezione dei diritti umani: lo dimostra il richiamo ad altre pronunce (nn. 62/1992, 168/1994, 109/1997 e 270/1999), in cui avevano rivestito grande importanza nel giudizio di costituzionalità la Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948, la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959, le cd. Regole di Pechino del 1985.

Ora che si sono ripercorse le tappe fondamentali della giurisprudenza costituzionale, è, forse, opportuno svolgere qualche considerazione.

- A) Pare, innanzitutto, che la Corte si sia fatta interprete delle istanze “nazionalistiche” più e più volte abbracciate anche (e in primo luogo) dagli organi politici, preoccupandosi di escludere di volta in volta, sul piano interpretativo, l'eventualità che singole norme della CEDU potessero

tale canone, dal momento che *“l'apertura del dibattito non è in alcun modo idonea a correlarsi significativamente ad un istituto di carattere generale come la prescrizione, e al complesso di ragioni che ne costituiscono il fondamento”*.

³² Con la sent. n. 15/1996 la Corte aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 122 co. 1 c.p.c., sollevata in riferimento agli artt. 6 e 10 Cost., nonché 3 l. cost. 31 gennaio 1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia). In aggiunta a tali norme, il giudice *a quo* aveva fatto riferimento al Patto internazionale sui diritti civili e politici: la Consulta aveva concluso che il richiamo a tale norma dovesse ritenersi inconferente, profondendosi tuttavia – sia pure in sede di *obiter* – in una sorta di “apologia” del suddetto strumento internazionale.

offrire ai diritti fondamentali una protezione più accentuata di quella prevista dalle leggi interne.

In questo senso, l'atteggiamento del giudice delle leggi è stato – a ragione – definito “autarchico”: secondo il punto di vista che anche la Consulta ha mostrato di condividere, la legislazione italiana non presenterebbe nessun settore, disposizione o istituto che non sia conforme allo standard minimo di protezione richiesto dalla Convenzione³³. Proprio perché, agli occhi della Corte, la normativa interna di rango primario è già conforme alla disciplina convenzionale (cosa che, per lo meno in alcune delle pronunce da essa esaminate, appare fortemente dubbia), il suo contributo all'adeguamento del diritto interno agli obblighi derivanti dai trattati internazionali vincolanti per lo Stato si è rivelato marginale, se non del tutto assente³⁴.

B) Ancora, tutte le pronunce della Corte che si sono esaminate appaiono caratterizzate da una contraddizione di fondo. La Consulta, infatti, muove i passi del proprio ragionamento partendo dal presupposto costante del grado primario della CEDU nella gerarchia delle fonti: essa sembra anzi preoccuparsi di non tralasciare in nessuna occasione tale rilievo, come a ribadire la necessità di una “decostituzionalizzazione” dei problemi che le vengono via via sottoposti. D'altro canto, però – dopo aver precisato tutto ciò – essa provvede comunque a svolgere un controllo nel merito, per escludere il contrasto con le norme di matrice convenzionale: talora lo fa interpretando estensivamente le disposizioni interne, al fine di armonizzarle con quelle di fonte CEDU; talvolta, invece – come nella sentenza n. 188/1980 – adottando un'interpretazione restrittiva delle stesse, tale da “appiattirle” su quelle (meno garantiste) del diritto nazionale.

³³ F. PALAZZO – A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in Riv. int. dir. uomo, 1988, p. 35.

³⁴ S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte Costituzionale*, Milano, 1999, p. 15.

L'operazione – com'è stato detto – risulta priva di giustificazione, quanto meno rispetto all'*iter* argomentativo che la Corte fa mostra di seguire: dalla statuizione del valore di legge primaria nella gerarchia delle fonti discenderebbe, come conseguenza logica, l'assoluta irrilevanza di un eventuale contrasto tra il diritto interno e la Convenzione europea; la mancata attuazione o il mancato rispetto degli obblighi derivanti da quest'ultima costituirebbero indubbiamente inadempimento in sede internazionale (sanzionabile con i "mezzi di reazione" previsti da tale ordinamento³⁵), ma non potrebbero in alcun modo formare l'oggetto di un sindacato di costituzionalità da parte della Consulta³⁶.

I *filis rouges* della giurisprudenza costituzionale appaiono, dunque, i seguenti:

- a) la Corte evita di formalizzare il rapporto tra la Costituzione e le norme internazionali sui diritti dell'uomo, ribadendo costantemente che queste ultime hanno rango puramente legislativo: in tal modo, essa resta arbitro dell'opportunità o meno di utilizzarle³⁷;
- b) attraverso il riferimento alla "*fonte riconducibile a una competenza atipica*", la Corte ha tuttavia affermato – sia pure in una sola occasione – che tali norme sarebbero sottratte al comune principio della *lex posterior*, e godrebbero pertanto di una speciale forza di resistenza nei confronti di norme primarie contrastanti: il giudice delle legge non sembra, in definitiva, disposto a dare il proprio avallo ad eventuali operazioni legislative volte ad abrogare la normativa di fonte CEDU in base ai canoni ordinari di successione delle leggi nel tempo;
- c) leggendo tra le righe le pronunce della Corte, si può d'altra parte notare come, spesso, la CEDU (e le altre convenzioni internazionali

³⁵ Vedi *infra*, par. 11.

³⁶ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di "copertura" costituzionale "a più facce"*, in *Pol. dir.* 1997, pp. 365 – 366.

³⁷ P. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. internaz.*, 1983, p. 350.

sui diritti umani) operino “di fatto” come parametro di costituzionalità, anche se – come si è visto – questa loro idoneità è esclusa in linea di principio³⁸: il giudice delle leggi parte dal presupposto costante che questi strumenti abbiano grado primario nella gerarchia delle fonti, ma poi – contraddittoriamente – svolge comunque, nella maggior parte dei casi, un controllo nel merito, al fine di escludere il contrasto tra la disposizione interna sindacata e quella internazionale.

3. Le progressive aperture della Corte di Cassazione.

Dal canto suo, la Corte di Cassazione ha affrontato in modo più defilato la questione della posizione nella gerarchia delle fonti occupata – nel nostro ordinamento – dalle disposizioni di matrice convenzionale, soffermandosi più che altro sui seguenti aspetti problematici:

- a) l'immediata applicabilità delle disposizioni della Convenzione;
- b) la sorte delle norme interne contrastanti con il diritto di Strasburgo;
- c) la vincolatività della giurisprudenza della Corte europea.

Sembra più proficuo affrontarle separatamente, soffermandosi per ciascuna sulle pronunce maggiormente significative. Solo una volta esaurita la trattazione si provvederà a tirare le fila del discorso, cercando di fissare alcuni punti fermi.

3.1. L'immediata applicabilità delle disposizioni della Convenzione.

Il carattere *self-executing* delle norme della Convenzione – requisito essenziale per una loro immediata applicazione nell'ordinamento interno – si poteva forse inferire, senza eccessive difficoltà, dal tipo di procedimento adottato dal legislatore per renderla esecutiva nell'ordinamento italiano. Il procedimento speciale costituito dall'ordine di esecuzione si sarebbe, infatti, rivelato del tutto inidoneo ad immettere le norme della Convenzione

³⁸ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 366.

nel diritto interno se esse non fossero state di per sé suscettibili di applicazione immediata.

Solo quando l'adozione dell'accordo internazionale comporta, a carico degli Stati, esclusivamente l'assunzione di impegni ad operare per la realizzazione di alcuni obiettivi è necessario che il legislatore emani norme *ad hoc*, tali da dare esecuzione e attuazione all'accordo stesso (cosa che richiede, appunto, un procedimento ordinario di adattamento): se il legislatore – a proposito della CEDU – non ha ritenuto opportuno farlo, gli era in tutta evidenza ben presente la natura delle norme della Convenzione, che sono appunto suscettibili di applicazione diretta senza necessità di “mediazioni”.

La giurisprudenza, tuttavia, ha spesso dimostrato incertezze sul punto, nel più generale clima di “diffidenza” verso qualsiasi forma di eterointegrazione che ha caratterizzato le vicende dell'implementazione della CEDU nel diritto italiano.

La sentenza *Polo Castro* del 1988³⁹ rappresenta la prima “pietra miliare” nella giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla diretta applicabilità delle norme della Convenzione.

Il Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Firenze, su richiesta del Ministro di Grazia e Giustizia, aveva emesso ordine di cattura ex art. 663 c.p.p. 1930 a carico del sig. Polo Castro, colpito da mandato d'arresto del giudice istruttore del Tribunale di Ginevra per truffa, falso e altri reati. Contro tale provvedimento – divenuto nel frattempo “ordine di arresto” per effetto dell'art. 5 legge n. 330/1988 – il difensore aveva proposto ricorso per Cassazione, asserendo l'ammissibilità di tale mezzo di gravame sulla base, tra le altre, delle seguenti considerazioni:

- a) con l'ordinanza dell'11 ottobre 1983 (ric. *Angelopoulos*) la seconda sezione penale aveva ribaltato il proprio precedente orientamento, ammettendo il ricorso per cassazione contro l'ordine di cattura emesso dal pubblico ministero per fini estradizionali;
- b) la negazione della possibilità di ricorrere per cassazione contro tale provvedimento avrebbe comportato una violazione dell'art. 5 CEDU, che attribuisce ad ogni persona privata della libertà il “diritto di presentare ricorso a un tribunale, affinché decida

³⁹ Cass. SS. UU. penali, 23 novembre 1988 (dep. 8 maggio 1989), n. 15, in Cass. Pen. 1989, p. 1418.

entro breve termine sulla legalità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale”.

Rilevata la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale in merito all'assoggettabilità a ricorso per cassazione dell'ordine di arresto emesso nei confronti dell'estraddando, la questione era stata rimessa alle Sezioni Unite, che avevano abbracciato l'orientamento emerso nell'ordinanza *Angelopoulos* (ammettendo, dunque, il ricorso per cassazione contro tale provvedimento).

Il giudice di nomofilachia aveva, però, ritenuto opportuno sciogliere anche un altro “nodo” problematico: quello della diretta applicabilità delle norme della Convenzione.

In seno alla prima sezione penale si erano, infatti, affermati – in riferimento all'art. 6 CEDU, ma con argomenti spendibili anche per le altre disposizioni della Convenzione – due indirizzi opposti: in base al primo, la norma sul *fair trial* avrebbe avuto efficacia vincolante soltanto “*per le alte parti contraenti, e non anche per i relativi sudditi*”; per il secondo – che traeva forza dalla lettura in combinato disposto degli artt. 1, 6 e 13 CEDU – la protezione dei diritti umani all'interno di ciascuno Stato membro non doveva considerarsi “riflessa” ma “diretta”, dal momento che la Convenzione riconosceva al singolo non solo la titolarità dei diritti, ma anche la legittimazione attiva perché ne fosse garantita la tutela giurisdizionale.

Le Sezioni Unite fecero proprio il secondo orientamento giurisprudenziale, procedendo tuttavia a “completare” le argomentazioni sulle quali esso si articolava: “*le norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, salvo quelle il cui contenuto sia da considerarsi così generico da non delineare specie sufficientemente puntualizzate, sono di immediata applicazione nel nostro Paese e vanno concretamente valutate nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano. La “precettività” in Italia delle norme della Convenzione consegue dal principio di adattamento del diritto italiano al diritto internazionale convenzionale per cui ove l'atto o il fatto normativo internazionale contenga il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali, tale cioè da poter senz'altro creare obblighi e diritti, l'adozione interna del modello di origine internazionale è automatica (adattamento automatico), ove invece l'atto internazionale non contenga detto modello le situazioni giuridiche interne da esso imposte abbisognano, per realizzarsi, di una specifica attività normativa dello Stato”.*

Anche il caso *Medrano* del 1993⁴⁰ si innesta nel solco della pronuncia delle Sezioni Unite appena richiamata.

Il cittadino argentino Juan Carlos Medrano (condannato per un reato in materia di stupefacenti) aveva presentato ricorso per cassazione contro l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Trento che aveva rigettato l'appello da lui proposto, confermando il provvedimento con il quale era stata disposta, nei suoi confronti, l'esecuzione – a pena espiata – della

⁴⁰ Cass. pen., sez. I, 12 maggio 1993 (dep. 10 luglio 1993), n. 2194, in Cass. Pen. 1994, p. 439.

misura di sicurezza dell'espulsione dal territorio dello Stato. Il ricorrente affermava che l'espulsione avrebbe violato i diritti fondamentali ed irrinunciabili (suoi, nonché della moglie e del figlio di quattro anni) concernenti la tutela della famiglia e dell'educazione della prole, riconosciuti dalla Costituzione e dai trattati internazionali sui diritti dell'uomo ratificati dall'Italia.

La prima sezione penale ha accolto il ricorso, precisando però che dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – implicitamente richiamata dal ricorrente – non sorge per lo straniero alcun “diritto a non essere espulso”: l'art. 5 n. 4, in relazione al n.1 lett. f) dello stesso, garantisce il diritto al controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'arresto a fini di espulsione, mentre l'art. 4 del Protocollo n. 4 si limita a vietare le espulsioni collettive di stranieri, e l'art. 1 del protocollo n. 7 prevede alcune garanzie processuali in favore dello straniero colpito da una misura di espulsione. Alla luce della cd. *protection par ricochet*⁴¹ elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo, tuttavia, occorre verificare, nel singolo caso di specie, se la messa in pericolo di un diritto non garantito o non riconosciuto possa risolversi in una violazione di altre disposizioni della Convenzione: in particolare, la Commissione e la Corte “sono costanti nel ritenere che, *quando uno straniero possiede una famiglia in un Paese determinato, la decisione di espellerlo è suscettibile di compromettere l'unità familiare, ponendo gravi problemi, ai sensi dell'art. 8 Conv.*, che, come è noto, tende essenzialmente a premunire l'individuo contro ingerenze arbitrarie da parte dei pubblici poteri, essendo legittima solo l'ingerenza nelle ipotesi e nelle condizioni previste al par. 2 dell'indicato articolo”.

Poiché il giudice di merito aveva ritenuto obbligatoria ed automatica l'espulsione, “senza procedere ad un accertamento in concreto della pericolosità del soggetto, attraverso una valutazione degli indici offerti dall'art. 133 c.p. (tra i quali sono ricomprese, com'è noto, le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del soggetto) al fine di pervenire ad una soluzione di giusto equilibrio fra le considerazioni di ordine pubblico sottostanti l'espulsione e quelle non meno importanti concernenti la protezione della vita familiare dell'interessato”, la Corte aveva, pertanto, annullato l'ordinanza impugnata con rinvio allo stesso giudice, perché procedesse all'accertamento in concreto della pericolosità del soggetto, nel rispetto del diritto sancito dall'art. 8 CEDU.

La Corte di Cassazione si è, poi, allineata alla sentenza della Corte costituzionale n. 10/1993, affermando che la CEDU gode nel nostro diritto interno di una particolare “forza di resistenza”: sia perché le sue disposizioni hanno natura di principi generali dell'ordinamento ex art. 2 Cost., sia perché – e il rilievo appare di non immediata comprensione – la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha qualificato le norme che in essa figurano alla stregua di “principi generali di diritto”, vincolanti per il giudice nazionale: “tale particolare *forza di resistenza* – che la dottrina generalmente rapporta ora al criterio *lex generalis non derogat priori*

⁴¹ Si tratta della tecnica elaborata dai giudici di Strasburgo nel caso *Soering c. Regno Unito* del 1989, relativo a una violazione dell'art. 3 CEDU. Tale tecnica consente, appunto, di valutare “di riflesso” la conformità alla Convenzione di istituti e pratiche (come l'extradizione, l'espulsione, le condizioni della detenzione e le misure di sicurezza) che non rientrano direttamente nella sua sfera di operatività.

speciali ora alla garanzia costituzionale connessa al principio *pacta recepta sunt servanda* – è dovuta alla *natura di principi generali dell'ordinamento che alle disposizioni della Convenzione deve essere riconosciuta, in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano*. Tale conclusione, che si imponeva da tempo ai sensi dell'art. 2 Cost., ha trovato un esplicito riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità (sent. *Nold* del 14 maggio 1974, sent. *Hauer* del 13 dicembre 1979; ecc.). Affermando, invero, di dover tener conto nella sua attività giurisdizionale, anche dei principi generali del diritto, sanciti dalla Convenzione europea, la Corte ha in effetti chiarito che di tali principi avrebbero già dovuto tener conto i giudici nazionali (e ciò pur nell'ipotesi in cui non fossero state esaurite le vie di gravame interno e la decisione del giudice nazionale non potesse considerarsi definitiva)".

La sentenza rappresenta uno dei momenti di massima apertura dell'ordinamento italiano al cd. "diritto di Strasburgo". Da un lato, come si diceva, la prima sezione penale ha seguito la strada imboccata dalle Sezioni Unite nel caso *Polo Castro*, ritenendo che l'art. 8 CEDU fosse suscettibile di applicazione immediata⁴²; dall'altro, essa si è mostrata sorprendentemente attenta a recepire gli stimoli e le sollecitazioni provenienti dal testo della Convenzione e – cosa ancor più interessante e "insolita", nel panorama giurisprudenziale italiano di quel periodo – dalla giurisprudenza della Corte e della Commissione europea dei diritti dell'uomo⁴³.

La pronuncia potrebbe forse essere interpretata come la presa di coscienza che la tutela dei diritti dell'uomo sul piano interno e su quello internazionale non si sviluppano, per così dire, "a compartimenti stagni", e che – conseguentemente – "quanto più il giudice nazionale è 'parsimonioso' nell'applicazione delle norme internazionali in materia di diritti dell'uomo e disattento alla evoluzione della giurisprudenza degli organi internazionali di tutela, tanto più il Paese sarà esposto a

⁴² Ciò è ancor più significativo se si confronta il dettato di tale norma (in cui figurano espressioni piuttosto generiche, quali quelle di "*rispetto*", "*vita privata*" e "*vita familiare*") con quello dell'art. 5 CEDU – il cui carattere *self-executing* era stato affermato nel caso *Polo Castro* – che in tutta evidenza detta una serie di garanzie ben definite, suscettibili di trovare applicazione immediata nell'ordinamento interno.

⁴³ La Cassazione ha addirittura richiamato espressamente una serie di decisioni della Commissione e il caso *Marckx c. Belgio*, deciso invece dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

conseguenze sul piano europeo o universale⁴⁴. Oppure – come si è poc'anzi rilevato – la Cassazione ha semplicemente subito l'influenza della sentenza della Corte Costituzionale n. 10/1993, di pochi mesi precedente, nella quale la Consulta sembrava essersi discostata dal tradizionale inquadramento della CEDU tra le fonti primarie soggette all'abrogazione in base al principio della *lex posterior*.

3.2. La risoluzione dei contrasti tra normativa interna e diritto di Strasburgo.

Una volta fugati, almeno in massima parte⁴⁵, i dubbi sul carattere *self-executing* delle disposizioni della Convenzione, la Corte di Cassazione si è soffermata sul diverso (ma per certi aspetti correlato) problema della risoluzione dei contrasti tra queste ultime e il diritto nazionale.

⁴⁴ G. RAIMONDI, *Un nuovo status nell'ordinamento italiano per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.* 1994, p. 444.

⁴⁵ Merita un cenno, seppure solo come “anomalia” in un panorama giurisprudenziale uniformemente orientato in senso opposto, la sentenza *Stara* del 2003 (*Cass. pen., sez. VI, 8 gennaio 2003 (dep. 23 gennaio 2003), n. 3429*, in *Riv. Pen.*, 2004, p. 251).

Il ricorrente aveva proposto alla Corte d'Appello di Cagliari istanza di ricusazione nei confronti di un collegio della medesima, che – a sua volta – aveva dichiarato inammissibile una preventiva istanza di ricusazione proposta nei confronti di un altro collegio, sempre appartenente allo stesso organo giudicante. Con un'ordinanza dell'ottobre 2004, la Corte aveva dichiarato non luogo a provvedere. Il sig. *Stara* aveva pertanto adito la Corte di Cassazione, invocando la disapplicazione – ai sensi dell'art. 6 CEDU – degli art. 610 e 611 c.p.p. (articoli che comunque si sarebbero posti in contrasto con l'art. 111 Cost.), dal momento che tali norme non garantivano le esigenze di tutela dei principi di terzietà e imparzialità del giudice.

La quarta sezione penale dichiarava manifestamente infondato il ricorso, sostenendo che non sussistevano le condizioni per l'applicazione immediata né dell'art. 6 CEDU né dell'art. 111 Cost., sulla base delle seguenti argomentazioni: “*astrattamente l'efficacia immediata della norma della Convenzione* (la questione è ipoteticamente proponibile soltanto per questa, poiché il giudizio in ordine all'eventuale contrasto con norma costituzionale è evidentemente demandato alla competenza della Corte costituzionale e non potrebbe certo dar luogo a diretta disapplicazione di norma processuale da parte del giudice ordinario) potrebbe riconoscersi solo a norma direttamente applicabile, mentre nel caso in esame si tratta comunque di *norma di principio, alla quale il legislatore ha dato in via ordinaria puntuale attuazione*”.

A quindici anni dal caso *Polo Castro*, dunque, la Corte sembrerebbe qui aver escluso la diretta applicabilità dell'art. 6 CEDU, qualificandolo come “norma di principio” cui il legislatore ha peraltro provveduto a dare attuazione.

La sentenza *Conigliaro c. Ministero della Giustizia* del 1991⁴⁶ (resa dalla Cassazione civile a sezioni unite) costituisce il primo, fondamentale, tassello della sua elaborazione sul punto.

Dal momento che le Sezioni Unite hanno – in tale occasione – recepito *in toto* un orientamento consolidatosi in seno alla Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, sembra opportuno soffermarsi preliminarmente sulla sentenza *Arrigoni*, pronunciata da quest'ultima nel luglio 1985.

Il dott. Arrigoni, un magistrato sottoposto a procedimento disciplinare, aveva formulato la richiesta che il dibattimento si svolgesse pubblicamente “*per una esigenza di chiarezza e verità, senza ombre di sorta*”. Impediva, tuttavia, l'accoglimento dell'istanza il dettato dell'art. 34, comma 2, R.D.L. 31 maggio 1946, n. 511, il quale imponeva che – nel procedimento disciplinare nei confronti di magistrati – la discussione sulle incolpazioni si svolgesse a porte chiuse.

La Sezione disciplinare del CSM si era preliminarmente interrogata sulla sorte delle disposizioni di fonte interna che si presentassero in una situazione di potenziale contrasto con la Convenzione, aderendo alla tesi secondo cui “*le norme di adattamento ai trattati internazionali hanno la stessa efficacia delle leggi ordinarie e come tali dispiegano forza abrogativa rispetto alle leggi anteriori che risultano con esse contrastanti*”. Ciò posto, essa aveva coerentemente ritenuto che la norma dell'art. 34 fosse stata tacitamente abrogata dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, resa esecutiva con la legge n. 848/1955.

Ad analoghe conclusioni, come si è accennato poc'anzi, sono pervenute le Sezioni Unite nella sentenza *Conigliaro* del luglio 1991.

Il ricorrente – un magistrato incorso in un'azione disciplinare e poi dispensato dall'ufficio a seguito delle gravi inadempienze riscontrate a suo carico – denunciava la violazione dell'art. 34, comma 2, R.D.L. 31 maggio 1946, n. 511 e la falsa applicazione dell'art. 6 par. 1 CEDU, poiché dalla sentenza della Sezione disciplinare del CSM che aveva disposto la dispensa dall'ufficio non risultava che l'udienza di discussione si fosse svolta a porte chiuse.

Secondo il ricorrente, la norma del R.D.L. del 1946 non evidenziava alcun profilo di contrasto con l'art. 6 CEDU, par. 1: se è vero che il primo periodo di tale disposizione enuncia il principio della pubblicità delle udienze, il secondo periodo autorizza la deroga alla regola suddetta “*quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia*”. L'art. 34 R.D.L. n. 511/1946, che vietava che la discussione sulle incolpazioni avvenisse a porte aperte per tutelare il prestigio dell'ordine giudiziario, era dunque in perfetta consonanza con la

⁴⁶ Cass. SS. UU. civili, (ud. 14 dicembre 1990) 10 luglio 1991, n. 7662, in *Giust. Civ.*, 1992, I, p. 742.

norma di matrice convenzionale: il procedimento disciplinare a carico dei magistrati – argomentava ancora il dott. Conigliaro – aveva carattere giurisdizionale solo in funzione di una più rigorosa tutela dell'indipendenza del singolo giudice, e non era necessario assoggettarlo in tutto e per tutto alle regole del processo penale (*in primis*, a quella della pubblicità del dibattimento).

Le Sezioni Unite non hanno condiviso questa impostazione, facendo propria – al contrario – la tesi abbracciata dalla Sezione disciplinare del CSM nella sentenza *Arrigoni*: “l’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo deve considerarsi direttamente ed immediatamente riferibile alla giurisdizione disciplinare *con efficacia abrogativa del richiamato articolo 34, nella parte che impone la discussione a porte chiuse*, a conferma ed integrazione anche di un orientamento espresso precedentemente dalla stessa sezione. La soluzione è, indubbiamente, coerente con il fondamento del potere disciplinare, poiché permette di rendere conoscibili a tutti le ragioni dell’accusa e della difesa in ordine a un bene fondamentale per la collettività e insieme ad un interesse primario del singolo magistrato: l’esercizio corretto della funzione giurisdizionale”.

Dopo aver concluso per l’abrogazione dell’art. 34, i giudici di legittimità hanno comunque rilevato che, sebbene l’art. 6 CEDU ammetta – come sosteneva il ricorrente – alcune eccezioni alla regola generale della pubblicità delle udienze, nel caso di specie queste non erano state tempestivamente dedotte, o comunque non erano state disattese dall’organo giudicante.

L’anteriorità della normativa nazionale configgente con la Convenzione farebbe pensare – tanto per la sentenza *Arrigoni* della Sezione disciplinare del CSM, quanto per la sentenza *Conigliaro* della Corte di Cassazione – a normali vicende di abrogazione tacita, ex art. 15 delle cd. Preleggi⁴⁷: fin qui, niente di nuovo sotto il sole, dunque. Alla luce dei risvolti della successiva giurisprudenza di legittimità, tuttavia, è forse possibile scorgere nella sentenza *Conigliaro* il primo passo verso soluzioni assai più “audaci”, cui la Corte è approdata in pronunce di molto successive.

La prima, in ordine di tempo, è *Muscas c. Comune di Cagliari* del luglio 2002⁴⁸.

⁴⁷ Ai sensi del quale, com’è noto, “Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti, o perché la nuova legge regola l’intera materia già regolata dalla legge anteriore”.

⁴⁸ Cass. civ., sez. I, (ud. 12 marzo 2002) 19 luglio 2002, n. 10542, in *Corriere giur.*, 2003, p. 769.

I ricorrenti denunciavano il contrasto delle disposizioni della legge 29 giugno 1939, n. 1497 (in particolare, degli artt. 5 e 16, che negavano l'indennizzo per i vincoli gravanti sui beni immobili di proprietà privata ai sensi del Piano regolatore paesistico) con gli artt. 1 Protocollo n. 1 CEDU, 6 Trattato UE e 42 Cost.

Prima di esaminare la pronuncia, conviene soffermarsi brevemente sulla questione giuridica sottoposta all'esame della Corte.

Le normativa urbanistica e di tutela del paesaggio consente alla P.A. di sottoporre a vincolo amministrativo beni che presentino particolari caratteristiche ambientali, urbanistiche, ecc. L'apposizione del vincolo – cui di norma segue l'imposizione di obblighi positivi (es. conservare i beni, realizzare interventi) o negativi (es. non alterare o modificare i beni stessi) – comporta una notevole compressione delle facoltà riconosciute dall'ordinamento al proprietario. Ciò nondimeno, la Corte costituzionale⁴⁹ ha escluso che i vincoli posti a carico di intere categorie di beni in seguito all'accertamento della sussistenza di caratteri generali predefiniti dalla legge (è il caso del vincolo paesistico-ambientale, del vincolo urbanistico conformativo, ecc.) facciano sorgere in capo al privato il diritto a un indennizzo; indennizzo dovuto, invece, ogniqualvolta il vincolo incida a titolo particolare sui caratteri fondamentali del bene (come accade per i vincoli urbanistici a tempo indeterminato di inedificabilità assoluta o preordinati all'espropriazione, che svuotano la proprietà del suo contenuto essenziale)⁵⁰.

I ricorrenti, proprietari di un fondo sottoposto a vincolo di inedificabilità dal Piano regolatore paesistico, si domandavano se fosse legittima – ai sensi dell'art. 1 Protocollo n. 1 CEDU – l'adozione di atti di conformazione del territorio costituenti espropriazione di fatto senza indennizzo: nella fattispecie, contravvenendo al divieto di edificare previsto dal PRP, il Comune di Cagliari intendeva infatti realizzare sul fondo di proprietà dei Muscas alcuni campi da tennis con annesso edificio di servizio. Gli artt. 5 e 16 della l. 1497/1939 – che negavano l'indennizzabilità dei vincoli derivanti dal Piano regolatore paesistico – si sarebbero posti in contrasto con l'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU⁵¹, che consacra il diritto alla

⁴⁹ A partire dalla sentenza n. 56/1968, poi ribadita da *Corte cost. n. 417/1995*. Da ultimo, il giudice delle leggi ha affermato – nella sentenza n. 179/1999 – che “restano al di fuori dell'ambito dell'indennizzabilità i vincoli incidenti con carattere di generalità e in modo obiettivo su intere categorie di beni – ivi compresi i vincoli ambientali-paesistici –, i vincoli derivanti da limiti non ablatori posti normalmente nella pianificazione urbanistica, i vincoli comunque estesi derivanti da destinazioni realizzabili anche attraverso l'iniziativa privata in regime di economia di mercato, i vincoli che non superano sotto il profilo quantitativo la normale tollerabilità e i vincoli non eccedenti la durata (periodo di franchigia) ritenuta ragionevolmente sopportabile”. Cfr. sul punto F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 2373 ss.

⁵⁰ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 316.

⁵¹ Conviene riportare il testo della norma, rubricata “*Protezione della proprietà*”:

“1. Ogni persona fisica o morale ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà salvo che per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

2. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi giudicate necessarie per regolare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altre contribuzioni o delle ammende”.

proprietà secondo i paradigmi della tradizione liberale, e con l'art. 6 Trattato UE, che impone alle istituzioni comunitarie il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea: essi andavano, pertanto, disapplicati. Nel caso in cui, tuttavia, tale istanza non fosse stata accolta, i Muscas chiedevano che venisse sollevata questione di legittimità costituzionale della l. 1497/1939, nel suo complesso e in particolare negli artt. 5 e 16, per contrasto con l'art. 42 Cost.

La prima sezione civile ha escluso che la normativa urbanistica e di tutela del paesaggio dettata dalla l. 1479/1939 si ponesse in contrasto con l'art. 1 Protocollo n. 1: tale disposizione, infatti, non sembra precludere eventuali compressioni dello *ius aedificandi*, quando queste siano imposte da esigenze connesse alla protezione dei beni paesaggistici e ambientali, o all'interesse ad un ordinato sviluppo del territorio. Del pari, non era dato di rinvenire alcuna discordanza delle disposizioni della suddetta legge con l'art. 6 Trattato UE (che impone semplicemente alle istituzioni comunitarie il rispetto dei diritti umani, riconosciuti dalla CEDU) e con l'art. 42 Cost. (che non fa sorgere automaticamente alcun "diritto all'indennizzo" a fronte dell'apposizione di vincoli che riguardano intere categorie di beni e che sono a questi "connaturati").

Per quel che qui interessa sembra importante, tuttavia, soffermarsi sul seguente *obiter dictum*: "L'eventuale applicazione, diretta, dell'art. 1 prot. n. 1 della Convenzione (peraltro introdotta nel nostro ordinamento con la legge di ratifica 4 agosto 1955, n. 848), spetta al giudice nazionale, che ove ravvisi un contrasto della disciplina nazionale è tenuto a dare prevalenza alla norma pattizia, che sia dotata di immediata precettività rispetto al caso concreto, *anche ove ciò comporti una disapplicazione della norma interna*".

Nella sentenza *Muscas* il giudice di nomofilachia ha dunque, per la prima volta, profilato la possibilità che le norme dell'ordinamento nazionale che si palesino in contrasto con il diritto di Strasburgo vengano disapplicate (esattamente come accade per quelle contrastanti con il diritto comunitario).

Nel caso di specie, le disposizioni interne che si assumevano irrispettose dei vincoli di matrice convenzionale erano anteriori alla legge di ratifica ed esecuzione della CEDU. Tuttavia – dato che i ricorrenti avevano fatto riferimento non solo agli artt. 5 e 16 legge n. 1497/1939, ma anche (genericamente) alle "corrispondenti norme" del d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, e che nell'*obiter* manca qualsiasi riferimento alla necessaria anteriorità della disciplina interna "soccombente" – pare che la Corte abbia qui voluto delineare (sia pure solo "in astratto") un meccanismo di

risoluzione dei conflitti tra norme valido in tutti i casi, a prescindere dal rapporto cronologico esistente tra le stesse.

Su posizioni analoghe si colloca la sentenza *Borghesi c. Comune di Turi* del giugno 2004⁵², in tema di occupazione appropriativa.

E' opportuno anche in questo caso delineare i tratti essenziali dell'istituto⁵³, da tempo "nell'occhio del ciclone" tanto a livello nazionale che a livello sovranazionale.

Volendo schematizzare, l'occupazione appropriativa – altrimenti detta "accessione invertita", perché opera in senso inverso rispetto all'accessione disciplinata dagli artt. 934 ss. c.c. – si verifica quando:

- a) la P.A. emana una dichiarazione di pubblica utilità di un bene privato;
- b) il procedimento espropriativo non si perfeziona, ma il bene occupato subisce una irreversibile trasformazione.

In presenza di tali condizioni, dunque, la P.A. acquista a titolo originario la proprietà del suolo: il fondo accede all'opera, esattamente all'opposto di quanto accade per l'accessione civilistica, governata dal principio per cui tutto ciò che è costruito sul fondo viene acquisito, a titolo originario, dal proprietario dello stesso.

L'occupazione appropriativa si differenzia, poi, dall'occupazione cd. "usurpativa", perpetrata dalla P.A. in assoluta carenza di potere o *ab origine* (perché manca o è illegittima la dichiarazione di pubblica utilità) o per mancata indicazione, nella dichiarazione di pubblica utilità, dei termini iniziali e finali della procedura di esproprio e di quelli previsti per l'inizio e per la conclusione dei lavori: in questi casi, il comportamento della P.A. costituisce "illecito permanente inidoneo a produrre gli effetti dell'irreversibile trasformazione del fondo con effetti traslativi"⁵⁴, contro il quale è proponibile un'azione risarcitoria e che fa sorgere, in capo al privato, il diritto ad ottenere il pieno ristoro.

Nelle sentenze *Belvedere Alberghiera e Carbonara e Ventura*, entrambe pronunciate contro l'Italia nel maggio 2000, l'istituto dell'accessione invertita era incorso negli strali polemici della Corte di Strasburgo, che ne aveva rilevato il contrasto con l'art. 1 Protocollo n. 1 CEDU (che stabilisce che nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblica utilità e alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale): la compressione del diritto di proprietà non si fondava, infatti, su regole sufficientemente chiare, precise e prevedibili (come, invece, tale norma avrebbe imposto) dal momento che non solo non vi era una base legislativa, ma che anche la prassi applicativa si presentava discontinua e contraddittoria⁵⁵.

Il legislatore era, dunque, intervenuto sul punto, introducendo – all'art. 13 D.P.R. n. 327/2001 – la figura del "provvedimento amministrativo

⁵² Cass. civ., sez. I, (ud. 10 febbraio 2004) 11 giugno 2004, n. 11096, in *Corriere giur.*, 2004, p. 1467.

⁵³ Per una trattazione approfondita dell'argomento, si rimanda a F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 2399 ss.

⁵⁴ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 2419 ss.

⁵⁵ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 2446 ss.

acquisitivo”: l’occupazione del suolo da parte della P.A. e l’irreversibile trasformazione dello stesso potevano dar luogo a un fenomeno di accessione invertita solo in esito a un corretto bilanciamento degli interessi in gioco e previo provvedimento formale. Nonostante l’introduzione di tale norma, tuttavia, la Corte di Cassazione ha seguito a riconoscere all’istituto “pretorio” dell’occupazione appropriativa diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento (peraltro, in palese contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato): e la pronuncia in esame si inserisce, appunto, in questo filone di sentenze.

La signora Borghesi denunciava la violazione e la falsa applicazione – tra gli altri – dell’art. 1 Protocollo n. 1 CEDU: l’istituto dell’occupazione appropriativa, di creazione giurisprudenziale, costituiva un modo di acquisto della proprietà per fatto illecito che doveva ritenersi contrario alla Convenzione, nonché ai presupposti stessi dello Stato di diritto. La Corte d’appello di Bari – che ne aveva fatto applicazione – aveva dunque disatteso gli obblighi derivanti dalla giurisprudenza di Strasburgo, a detta della ricorrente configurabile quale vera e propria fonte normativa direttamente applicabile e imperativa per tutte le istituzioni dell’ordinamento statale.

La prima sezione civile non ha riscontrato alcun contrasto tra diritto interno e normativa di fonte CEDU, ritenendo l’istituto dell’occupazione appropriativa in tutto e per tutto conforme al diritto di Strasburgo: lo “sforzo ricostruttivo” operato dalla giurisprudenza aveva permesso, infatti, l’approdo a una normativa chiara, precisa e prevedibile, in ossequio alle esigenze espresse a livello sopranazionale dall’art. 1 Protocollo n. 1. Tuttavia, anche in questo caso (come nella sentenza *Muscas*, or ora analizzata) la Corte non si è lasciata sfuggire l’occasione per affermare (sia pure, ancora una volta, *obiter*) che “per quanto è rimesso al potere giurisdizionale, l’applicazione della Convenzione, ove incorporata nel diritto interno, può comportare la *disapplicazione delle norme interne ritenute incompatibili, senza attendere l’intervento adeguatore del potere legislativo*”.

Di segno diverso è, invece, la sentenza *INPS c. S.G.* del febbraio 2004⁵⁶.

Pur avendo riscontrato il contrasto degli artt. 1 commi 181, 182 e 183 l. n. 662/1992 e 36, comma 5, l. n. 448/1998 (che disponevano la dichiarazione officiosa di estinzione dei giudizi pendenti in materia di diritti nascenti dalle sentenze n. 240/1994 e n. 495/1993 della Corte costituzionale, con inefficacia delle sentenze non ancora passate in giudicato e con compensazione delle spese processuali) con l’art. 1 Protocollo n. 1⁵⁷, la sezione lavoro della Cassazione civile non ha percorso la strada della disapplicazione.

⁵⁶ *Cass. civ., sez. lavoro, (ud. 18 novembre 2003) 3 febbraio 2004, n. 1969, inedita.*

⁵⁷ Poiché le norme suddette privavano il difensore antistatario – pur in presenza di una ragionevole aspettativa di vittoria nella lite, con conseguente attribuzione diretta del diritto al recupero delle spese processuali presso l’ente pubblico soccombente – della sicurezza di soddisfazione del suo credito, derivante da siffatta qualità del debitore.

Di notevole interesse è il seguente passo della decisione: “il conflitto fra norme dotate di pari efficacia formale può essere risolto in applicazione di diversi criteri, come quello cronologico o di specialità, sempre che si riscontri l’uguale competenza delle fonti. Ora, come è stato chiarito dalla Corte costituzionale, le norme internazionali appena ricordate (artt. 1 e 34 CEDU, n.d.r.), ancorché introdotte nell’ordinamento italiano con la forza della legge ordinaria, propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione, non possono esser considerate abrogate dalle successive ed incompatibili disposizioni interne dotate di uguale efficacia formale, perché ‘si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, in suscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria’ (così testualmente Corte cost. n. 10 del 1993). Per converso, come si desume dalla testé citata sentenza del giudice delle leggi, il potere-dovere del giudice di attribuire alle norme interne un significato espansivo inteso a rendere concreto ed effettivo il diritto protetto dalle norme internazionali pattizie opera nei soli ‘limiti del possibile’, *entro i quali non è compresa la disapplicazione delle prime*, per la medesima ragione per la quale esse non possono abrogare le seconde, ossia per *l’eterogeneità della competenza delle rispettive fonti*”.

Dopo aver escluso che la risoluzione dell’antinomia potesse passare attraverso la commisurazione della legittimità della normativa interna agli artt. 10, 11, 41 e 42 della Costituzione, la Corte ha ritenuto che le disposizioni nazionali dovessero configurarsi alla stregua di un *“inadempimento dello Stato all’impegno assunto con la Convenzione anche verso il cittadino, il quale trova, pertanto, nella stessa Convenzione gli strumenti di tutela del proprio diritto”*: il rimedio alla violazione si sarebbe dovuto ricercare, dunque, a Strasburgo.

L’ultimo (o meglio, il penultimo⁵⁸) tassello del “puzzle” è dato dalle tre ordinanze del 20 e del 29 maggio e del 19 ottobre 2006 (alle quali si è già accennato in apertura a proposito della questione di legittimità costituzionale da esse sollevata)⁵⁹, con cui la prima sezione civile sembra aver “ripudiato” il meccanismo della disapplicazione che essa aveva delineato, sia pur soltanto a livello teorico, nelle sentenze *Muscas* e *Borghesi*.

La norma su cui si incentravano le doglianze dei ricorrenti era l’art. 5-*bis*, comma 7-*bis*, della legge n. 359/1993, che aveva introdotto un nuovo criterio (riduttivo fino al 30% rispetto a quello precedente) per il calcolo del risarcimento del danno derivante da occupazione illegittima: criterio applicabile – e questo è il profilo che qui rileva – anche ai processi pendenti.

⁵⁸ La recentissima sentenza *Dorigo* della prima sezione penale ha annoverato la disapplicazione tra gli strumenti a disposizione del giudice per risolvere i contrasti tra normativa interna e disciplina convenzionale (vedi *infra*, par. 3.3.)

⁵⁹ Vedi *infra*, par. 13.

Tale disposizione appariva in contrasto, tra gli altri, con l'art. 1 Protocollo n. 1 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo: nella sentenza *Scordino* del luglio 2004, in particolare, quest'ultima aveva condannato lo Stato italiano al risarcimento della differenza tra indennità percepita e valore venale del bene, proprio in base al rilievo che il ricorrente – a causa dell'eccessiva durata del processo – aveva visto “andare in fumo” la propria legittima aspettativa di essere risarcito secondo il criterio del prezzo di mercato.

Disattendendo il “suggerimento” che la Corte europea aveva dato in quell'occasione (che si sostanzava nell'invito a disapplicare il suddetto art. 5-*bis* per far riemergere la disciplina, conforme al diritto CEDU, che era precedentemente in vigore), la Cassazione – nell'ordinanza “apripista” n. 11887, che costituisce il modello di riferimento per le altre due – ha affermato quanto segue: “ *il Collegio non ritiene che nella specie possa disapplicarsi una legge vigente dello Stato, per far riemergere la disciplina previgente (...): tanto più che la Corte costituzionale, proprio in relazione alla prevista retroattività della L. n. 359/1992, art. 5-bis, ne ha giudicata la conformità alle norme costituzionali (...). Ciò perché l'abrogazione della legge dello Stato si verifica nelle sole ipotesi (...) dell'art. 15 disp. prel. cod. civ. e art. 136 Cost., che non tollerano la disapplicazione da parte del giudice, pur quando si avvalga della autorevole interpretazione del giudice internazionale. Ed il giudice, d'altra parte, è soggetto unicamente alla legge (art. 101 Cost.), per cui ammettere un potere (o addirittura un obbligo) di non applicarla, significherebbe aprire un pericoloso varco al principio di divisione dei poteri, avallando una funzione di revisione legislativa da parte del potere giudiziario, che appare estraneo al nostro sistema costituzionale*”.

La prima sezione civile sembra, dunque, aver negato la possibilità di far ricorso alla disapplicazione con la stessa perentorietà con cui – appena due anni prima – aveva asserito la sussistenza dell'obbligo, per il giudice, di utilizzare tale meccanismo tutte le volte in cui l'interpretazione “convenzionalmente conforme” non desse buon frutto. Soluzione, quest'ultima, che – nella pronuncia *Centurione Scotto c. Presidenza del Consiglio dei Ministri* del dicembre 2005, che si andrà tra breve ad esaminare – aveva ricevuto addirittura il benestare delle Sezioni Unite.

3.3. La vincolatività della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Così come per le questione relativa alla sorte delle disposizioni interne contrastanti con il diritto CEDU, anche per quella riguardante la

vincolatività della giurisprudenza di Strasburgo il panorama giurisprudenziale non evidenzia soluzioni univoche.

La Corte si è occupata del problema nella sentenza *Samantha immobiliare c. Ministero della Giustizia* dell'agosto 2002⁶⁰, riguardante l'applicazione della cd. "legge Pinto".

Prima di essere cancellata dal ruolo a seguito di accordo transattivo, la causa nella quale la ricorrente era stata parte si era protratta in primo grado per tredici anni: per questo motivo, essa aveva presentato ricorso alla Corte europea, per dedurre il mancato rispetto del termine ragionevole del processo di cui all'art. 6 CEDU. Avvalendosi della disposizione transitoria dell'art. 6, l. 24 marzo 2001, n. 89, la Samantha immobiliare aveva poi dichiarato di voler "riassumere" tale ricorso, chiedendo altresì alla Corte d'appello di Roma di condannare il Ministero della Giustizia al pagamento di un'equa riparazione, ai sensi dell'art. 2 della stessa legge. Quest'ultima aveva, tuttavia, respinto l'istanza, rilevando che mancava la prova del danno patrimoniale e che – in relazione alla sua natura di società di capitali – non erano ravvisabili effetti di natura psicologica in pregiudizio della ricorrente.

Dopo aver incidentalmente affermato che gli artt. 41 e 6 par. 1 CEDU "evidenziano che l'accordo internazionale, anche per l'ipotesi della durata irragionevole del processo, *non introduce norme di diritto interno, cogenti per i giudici nazionali*, ma accorda alla parte lesa, a mezzo del proprio organo giurisdizionale, una tutela diretta di tipo suppletivo o sussidiario, invocabile al posto di quella mancante o ad integrazione di quella inadeguata dei singoli ordinamenti", la prima sezione civile ha sostenuto che la ragionevole durata del processo e la sussistenza del pregiudizio andassero riscontrate esclusivamente sulla base dell'ordinamento interno: in particolare, non era possibile invocare il danno *in re ipsa*, dal momento che non venivano in gioco diritti costituzionalmente garantiti.

La formulazione delle suddette norme della Convenzione e l'assenza di disposizioni "*che conferiscano carattere cogente alle decisioni della Corte europea (diversamente da quanto stabilito dal Trattato istitutivo della CEE per le sentenze della Corte di Giustizia)*" portavano infatti a ritenere che il giudice italiano non fosse vincolato ad esse, pur dovendo "*tenerne conto quali autorevoli orientamenti giurisprudenziali e linee direttive per la definizione della ragionevole durata del processo, come recepita in base al (...) richiamo della Convenzione da parte della legge n. 89 del 2001*".

Sostanzialmente in linea con quella ora esaminata è la sentenza *Stea e altri c. Comune di Modugno* resa dalle Sezioni Unite civili nell'aprile 2003⁶¹, ancora in tema di occupazione appropriativa.

⁶⁰ Cass. civ., sez. I, (ud. 10 giugno 2002) 2 agosto 2002, n. 11573, in *Diritto e Giustizia*, 2002, f. 36, p. 17.

⁶¹ Cass. SS. UU. civili, (ud. 6 febbraio 2003) 14 aprile 2003, n. 5902, in *Urbanistica e appalti*, 2003, p. 1462.

Dopo aver ribadito il rango di normativa primaria della CEDU, la Corte ha affermato che *“anche in difetto di obblighi internazionali idonei a rendere vincolante oltre il caso deciso il ‘dictum’ della Corte di Strasburgo nei procedimenti davanti ai giudici nazionali, dalle pronunzie della Corte medesima non può prescindere, in quanto esse costituiscono precedenti autorevoli e rilevanti supporti interpretativi⁶² al fine di assicurare una tutela effettiva ai diritti contemplati dalla Convenzione, nell’ambito da questa considerato”*.

Contrariamente a quanto prospettato dai ricorrenti, le Sezioni Unite hanno, tuttavia, asserito la compatibilità dell’istituto con il Protocollo n. 1 e con la giurisprudenza della Corte europea, perché esso si colloca in un contesto di regole *“sufficientemente accessibili, precise e prevedibili”*, nel rispetto del principio di legalità⁶³: esse hanno dunque, in concreto, escluso qualsiasi contrasto con il diritto di Strasburgo.

Se si guarda “al di là dell’apparenza”, è possibile notare come le Sezioni Unite abbiano qui professato una deferenza soltanto formale alla giurisprudenza della Corte europea.

In primo luogo – come emerge dalla lettura *a contrario* del passo riportato sopra – esse hanno escluso, in modo piuttosto categorico, l’esistenza di *“obblighi internazionali idonei a rendere vincolante oltre il caso deciso il ‘dictum’ della Corte di Strasburgo”*.

In secondo luogo, esse hanno effettivamente preso in esame le sentenze *Belvedere Alberghiera* e *Carbonara e Ventura* (già ricordate in precedenza), allo scopo di “stabilire se la Corte europea dei diritti dell’uomo sia pervenuta a conclusioni non compatibili con l’istituto dell’occupazione appropriativa quale ‘diritto vivente’ nell’ordinamento italiano”; ma ne hanno dato un’interpretazione talmente *sui generis* che il risultato finale è diametralmente opposto a quello raggiunto dai giudici di Strasburgo⁶⁴.

⁶² Sia pure sul piano delle sfumature, pare opportuno sottolineare la diversità di accenti della pronuncia delle Sezioni Unite civili che si sta ora esaminando rispetto alla sentenza *Samantha immobiliare c. Ministero della Giustizia*, di cui si è trattato poc’anzi: là si parlava dei *dicta* di Strasburgo quali *“autorevoli orientamenti giurisprudenziali e linee direttive per la definizione della ragionevole durata del processo”*; qui essi sono visti come *“precedenti autorevoli e rilevanti supporti interpretativi”*.

⁶³ Vedi *supra*, par. 3.2.

⁶⁴ La Corte – come ben evidenzia F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 2481 ss. – utilizza la distinzione tra occupazione appropriativa e occupazione usurpativa per giudicare inconferente il richiamo operato dai ricorrenti alle citate sentenze della Corte europea: distinzione che, tuttavia, in base all’approccio sostanzialistico utilizzato a Strasburgo non ha rilevanza per quel che attiene al rispetto del principio di legalità.

In termini molto più netti si è espressa, invece, la sezione lavoro della Cassazione civile nella già richiamata sentenza *INPS c. S.G.* del febbraio 2004, relativa al credito del difensore antistatario:

La Corte ha, in questa occasione, affermato che “costituisce orientamento giurisprudenziale consolidato quello secondo cui, ancorché debba riconoscersi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo valore di precedente nell’esame delle controversie attinenti a situazioni giuridiche protette dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, *deve negarsi ogni vincolo diretto della sentenza per il giudice italiano*. Diversamente dalle sentenze della Corte di Giustizia europea del Lussemburgo – che al pari dei regolamenti del Consiglio CE, hanno (per i profili dell’interpretazione della normativa comunitaria) diretta efficacia nell’ordinamento interno ai sensi dell’art. 189 del Trattato CEE e, se pronunciate in sede di rinvio pregiudiziale, vincolano il giudice remittente – *per le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo non sussistono, nel quadro delle fonti, analoghi meccanismi normativi che ne prevedano la diretta vincolatività per il giudice interno*”.

Ciò nondimeno, essa ha riconosciuto che “occorre tuttavia prendere atto che *la giurisprudenza della Corte europea*, quale organo di tutela e garanzia delle situazioni giuridiche delle quali gli Stati contraenti si sono obbligati ad assicurare l’effettività (...) *rappresenta il diritto vivente nella materia regolata dalla Convenzione*, sicché la ricordata carenza di efficacia diretta *non esclude né limita la funzione di orientamento ed indirizzo* che rispetto alla giurisprudenza della interna svolgono gli arresti della Corte europea, dei quali invece *i giudici nazionali devono darsi carico, eventualmente esponendo i motivi in base ai quali ritengono di dover pervenire a un risultato ermeneutico diverso*”.

E’ qui da enfatizzare, soprattutto, l’obbligo di motivazione che discenderebbe per il giudice – alla luce della “*funzione di orientamento ed indirizzo*” svolta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo – ogniqualvolta egli ritenga di discostarsi dalle soluzioni da questa adottate: decisioni difformi sarebbero dunque ben possibili, purché motivate.

Con il “poker” di sentenze gemelle pronunciate in data 26 gennaio 2004⁶⁵, le Sezioni Unite civili hanno provveduto a sanare il contrasto tra l’orientamento espresso – in tema di diritto all’equa riparazione del danno derivante dalla violazione dell’art. 6 CEDU, sotto il profilo del mancato rispetto della durata ragionevole del processo – dalla prima sezione e dalla Corte europea: il giudice nazionale deve pertanto ritenere

⁶⁵ Cass. SS. UU. civili, (ud. 27 novembre 2003) 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340 e 1341, in *Giust. civ.*, 2004, p. 907 ss.

sussistente il danno non patrimoniale ogniqualvolta non siano riscontrabili, nel caso di specie, circostanze particolari volte ad escluderlo.

Di notevole interesse – per i problemi affrontati in questa sede – è il seguente passo della sentenza *Balsini c. Ministero della Giustizia*⁶⁶, peraltro ripreso alla lettera nelle tre pronunce successive: “la legge n. 89/2001 (...) identifica il fatto costitutivo del diritto all’indennizzo *per relationem*, riferendosi ad una specifica norma della CEDU. Questa Convenzione ha istituito un giudice (...) per il rispetto delle disposizioni in essa contenute (art. 19), onde non può che riconoscersi a detto giudice il potere di individuare il significato di dette disposizioni e perciò di interpretarle. Poiché il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla legge n. 89/2001 consiste in una determinata violazione della CEDU, spetta al giudice della CEDU individuare tutti gli elementi di tale fatto giuridico, che pertanto finisce con l’essere “conformato” dalla Corte di Strasburgo, *la cui giurisprudenza si impone, per quanto attiene all’applicazione della legge n. 89/2001, ai giudici italiani*. Non è necessario, allora, porsi il problema generale dei rapporti tra la CEDU e l’ordinamento interno (...). Qualunque sia l’opinione che si abbia su tale controverso problema, e quindi sulla collocazione della CEDU nell’ambito delle fonti del diritto interno, è certo che *l’applicazione diretta nell’ordinamento italiano di una norma della CEDU, sancita dalla legge n. 89/2001 (e cioè dall’art. 6 par. 1, nella parte relativa la “termine ragionevole”) non può discostarsi dall’interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo*”.

La Corte ha qui, per la prima volta, riconosciuto l’esistenza per i giudici italiani di un “obbligo di conformarsi” alle sentenze della Corte europea (tanto per quel che riguarda la singola pronuncia, quanto per quel che attiene, invece, alle acquisizioni maturate attraverso il processo di “stratificazione” dei precedenti): l’importanza dell’affermazione è enorme, soprattutto se la si pone a confronto con quelle contenute in altre sentenze rese dalle Sezioni Unite (ad esempio, *Stea e altri c. Comune di Modugno*).

Non sembra tuttavia possibile leggere, tra le righe della sentenza, la statuizione – per i giudici italiani – di un vincolo di carattere *generale* alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: questi sarebbero soggetti ad essa solo “*per quanto attiene all’applicazione della legge n. 89/2001*”, proprio in virtù del richiamo alla Convenzione effettuato dal suo art. 2.

E’ quel che emerge anche dalle altre tre pronunce rese dalle Sezioni Unite in data 26 gennaio 2004, tese ad effettuare alcune ulteriori precisazioni allo scopo di sanare il contrasto sorto tra la giurisprudenza

⁶⁶ N. 1338.

interna e quella della Corte europea in merito all'applicazione della "legge Pinto":

- a) la sentenza *A. Lepore c. Ministero della Giustizia*⁶⁷ puntualizza che il giudice nazionale non può escludere il danno non patrimoniale quando questo è stato riconosciuto, nel caso concreto, dalla Corte europea;
- b) la sentenza *L.C. c. Ministero della Giustizia*⁶⁸ chiarisce che questi ha l'obbligo di tener conto dei criteri di determinazione della riparazione applicati a Strasburgo ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale, potendo peraltro discostarsi solo in misura ragionevole dalle liquidazioni effettuate dalla Corte europea in casi simili;
- c) la sentenza *A. ed E. Lepore c. Ministero della Giustizia*⁶⁹ specifica che il giudice italiano, per accertare se vi sia stata o meno violazione del termine ragionevole, è tenuto, ai sensi dell'art. 2 co. 2 l. 89/2001, a considerare i tre criteri principali elaborati dalla Corte di Strasburgo (complessità del caso, comportamento delle parti, comportamento del giudice e delle altre autorità)⁷⁰.

Le Sezioni Unite civili sono tornate a pronunciarsi sulla cd. legge Pinto nella sentenza *Centurione Scotto c. Presidenza del Consiglio dei Ministri*⁷¹, del dicembre 2005.

⁶⁷ Nella pronuncia (la n. 1339) si afferma inoltre l'obbligo per il giudice nazionale di indennizzare l'ulteriore danno non patrimoniale subito dalla parte istante, una volta che abbia accertato il protrarsi della violazione dell'art. 6 CEDU nel periodo successivo a quello preso in considerazione dai giudici di Strasburgo, e di liquidarlo utilizzando come punto di riferimento la liquidazione da questi effettuata nel caso concreto.

⁶⁸ N. 1340.

⁶⁹ N. 1341.

⁷⁰ Nella stesso solco delle precedenti – ancora in tema di applicazione della l. 89/2001 – si colloca la sentenza *Ministero della Giustizia c. L.M.* del settembre 2004 [*Cass. civ., sez. I, (ud. 4 maggio 2004) 17 settembre 2004, n. 18739*]. Il Ministero della Giustizia – condannato al pagamento di un indennizzo in relazione a un processo di opposizione ad ingiunzione fiscale protrattosi per diciott'anni – lamentava che la disciplina dell'equa riparazione ai sensi dell'art. 2 della suddetta legge non fosse applicabile ai giudizi in materia tributaria, concordemente con le indicazioni promananti dalla giurisprudenza di Strasburgo. Come si legge nel testo della pronuncia, "il riferimento diretto all'art. 6 della CEDU (quale all'uopo inserito nel testo dell'art. 2 l. 89/2001) consente di trasferire sul piano interno 'i limiti di applicabilità della medesima disposizione esistenti sul piano internazionale'. Questa simmetria tra i due piani (interno ed internazionale) di tutela dei diritti dell'uomo – coesistente (...) all'attuazione del principio di sussidiarietà che deve ricondurli a sistema – si realizza appunto conformando la fattispecie violativa, cui è ricollegata l'equa riparazione dalla legge n. 89/2001, a quella disegnata dalla norma comunitaria di riferimento, come in concreto (quest'ultima) vive attraverso l'esegesi della Corte di Strasburgo. Atteso che (...) poiché il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla legge n. 89/2001 consiste in una determinata violazione della CEDU, spetta al Giudice della CEDU individuare tutti gli elementi di tale fatto giuridico, che pertanto finisce con l'essere "conformato" dalla Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza si impone, per quanto attiene all'applicazione della legge n. 89/2001, ai giudici italiani".

Proprio alla luce della giurisprudenza della Corte europea, dunque, la prima sezione civile ha concluso per la non riconducibilità delle controversie tra il cittadino ed il fisco alla disciplina indennitaria della legge Pinto. *Cass. civ., sez. I, (ud. 4 maggio 2004) 17 settembre 2004, n. 18739*.

⁷¹ *Cass. SS. UU. civili, (ud. 15 dicembre 2005) 23 dicembre 2005, n. 28507, in Danno e Resp., 2006, p. 332.*

Il loro intervento si era reso necessario sia per risolvere la questione di particolare importanza relativa all'individuazione del momento in cui viene ad esistenza il diritto alla durata ragionevole del processo, sia per comporre il contrasto giurisprudenziale relativo all'accertamento del momento iniziale ai fini del computo del termine di durata del processo amministrativo⁷².

Per quel che qui interessa, è opportuno soffermarsi soltanto sulla prima questione.

Ribaltando il proprio orientamento precedente, le Sezioni Unite hanno affermato a chiare lettere che la l. 89/2001 non è costitutiva del diritto all'equa riparazione per la non ragionevole durata del processo, ma unicamente della via di ricorso interno (prima inesistente) diretta ad assicurare una tutela pronta ed efficace alla vittima della violazione, in sintonia con l'art. 13 CEDU.

A prescindere dalla questione in sé, è degno di rilievo – in riferimento al meccanismo della disapplicazione, di cui si è trattato nel paragrafo precedente – il ragionamento che la Corte ha sviluppato per giungere a tale conclusione: “la legge 4 agosto 1955, n. 848, provvedendo a ratificare e rendere esecutiva la Convenzione, *ha introdotto nell'ordinamento interno i diritti fondamentali, aventi natura di diritti soggettivi pubblici, previsti dal titolo primo della Convenzione e in gran parte coincidenti con quelli già indicati nell'art. 2 Cost., rispetto al quale il dettato della Convenzione assume una portata confermativa ed esemplificativa* (Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 388). La natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali a seguito di ratifica dello strumento di diritto internazionale è stata già del resto riconosciuta esplicitamente dalla giurisprudenza di questa Corte che ha affermato l'avvenuta abrogazione dell'art. 34, co. 2, del R.D.L. 31 maggio 1946, n. 511 (...) per contrasto con la regola della pubblicità delle udienze sancito dall'art. 6 della Convenzione che pone precisi limiti alla discussione della causa a porte chiuse (SS. UU. 10 luglio 1991, n. 7662); parimenti ha riconosciuto carattere di diritto soggettivo fondamentale, insopprimibile anche dal legislatore ordinario, al diritto all'imparzialità del giudice nell'amministrazione della giustizia, con richiamo all'art. 6 della Convenzione (Cass. 26 marzo 2002, n. 4297) , e, infine, ha espressamente riconosciuto la natura sovraordinata alle norme della Convenzione sancendo *l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività del caso concreto* (Cass. 19 luglio 2002, n. 10542). Deve essere quindi superato l'orientamento secondo cui la fonte del riconoscimento del diritto all'equa riparazione dev'essere ravvisata nella sola normativa nazionale (...) e ribadito il principio che il fatto costitutivo del diritto all'indennizzo coincide con la violazione della norma contenuta nell'art. 6 della Convenzione, di immediata rilevanza nel diritto interno”.

⁷² Su questo punto, le Sezioni Unite hanno aderito all'orientamento (conforme alla giurisprudenza di Strasburgo) secondo il quale “*la durata del processo va riscontrata, anche per le cause proposte davanti al giudice amministrativo, con riferimento al periodo di tempo decorso dall'instaurazione del procedimento, senza che su di esso possa incidere la mancata o ritardata presentazione dell'istanza di prelievo*”.

Le Sezioni Unite hanno ripercorso – in maniera quasi didascalica – le vicende dell’integrazione della CEDU nel nostro ordinamento, nello sforzo (indubbiamente lodevole) di “mettere ordine” nella copiosa giurisprudenza sul punto.

Due sono, in particolare, gli aspetti che meritano attenzione:

- a) il richiamo all’art. 2 Cost., che riecheggia la sentenza *Medrano* del maggio 1993;
- b) il riferimento allo strumento della disapplicazione: quasi un implicito avallo della soluzione adottata, nel 2002, dalla prima sezione civile in *Muscas c. Comune di Cagliari*.

Molto diversi sono i problemi affrontati – o meglio, prospettati – dalla prima sezione penale nella sentenza *Cat Berro* dell’ottobre 2005⁷³.

Il ricorrente – condannato a 24 anni di reclusione all’esito di un processo svoltosi in contumacia, dal momento che si erano ritenuti non provati i legittimi impedimenti che questi aveva addotto – aveva avanzato alla Corte d’assise d’appello di Milano un’istanza volta a ottenere l’annullamento, la revoca o la dichiarazione di ineseguibilità dell’ordine di esecuzione della pena. La Corte l’aveva dichiarata inammissibile, e il condannato – una volta divenuta definitiva la sentenza – si era rivolto alla Corte di Strasburgo, che aveva accertato la violazione dell’art. 6 CEDU. La Corte territoriale, investita di incidente di esecuzione, aveva rilevato che la pronuncia della Corte europea non poteva in alcun modo determinare l’ineseguibilità della sentenza di condanna, poiché su questa si era già formato il giudicato.

La prima sezione penale ha accolto il ricorso in relazione alla violazione dell’art. 696 c.p.p., rilevando come il caso in questione coinvolgesse “una tematica molto dibattuta nella giurisprudenza comunitaria (sic) che si è pronunciata su casi analoghi”. Dopo aver ripercorso, in particolare, le linee fondamentali della sentenza *Stoichkov c. Bulgaria*, decisa il 3 marzo 2005 dalla Corte europea, la Corte ha annullato l’ordinanza impugnata con rinvio al giudice di merito perché questi stabilisse, attraverso un’apposita indagine, la sussistenza o meno, nell’ordinamento, della possibilità che una sentenza della Corte di Strasburgo dichiarativa della violazione dell’art. 6 CEDU precludesse, ai sensi dell’art. 5, par. 1, lett. a) della Convenzione⁷⁴ (suscettibile di applicazione immediata), l’esecuzione di una sentenza di condanna

⁷³ Cass. pen., sez. I, (ud. 22 settembre 2005) 3 ottobre 2005, n. 35616, in *Giur. It.*, 2006,10, p. 1939.

⁷⁴ Così recita la norma: “Nessuno può essere privato nella libertà salvo che nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente”.

emessa dai giudici nazionali a conclusione di un processo giudicato non equo dalla Corte europea.

Se la soluzione adottata in questa occasione appare “pilatesca”, non altrettanto può dirsi di quella cui la prima sezione penale è giunta – ad un anno esatto di distanza – nella sentenza *Somogyi*⁷⁵.

Il ricorrente – un cittadino ungherese residente in Ungheria – era stato condannato in contumacia alla pena di otto anni di reclusione per aver importato e venduto in Italia una partita d’armi. Arrestato in Austria, veniva estradato in Italia, dove gli veniva notificato l’ordine di esecuzione. Somogyi faceva pervenire al Tribunale di Rimini un’istanza di rimessione in termini per poter proporre impugnazione contro la sentenza, che veniva respinta; proponeva poi appello tardivo, sorretto dalla prova della dedotta nullità della notifica dell’estratto contumaciale, che la Corte d’appello di Bologna dichiarava inammissibile, e infine ricorso per cassazione, che veniva rigettato.

Si rivolgeva quindi alla Corte europea dei diritti dell’uomo, che si pronunciava il 18 maggio 2004 accertando la violazione dell’art. 6 CEDU. Secondo l’argomentazione della Corte di Strasburgo, la norma in questione ammette la possibilità che i processi vengano celebrati *in absentia*, ma viene violata quando un individuo condannato in contumacia non possa ottenere in riesame della propria posizione, ogniqualvolta non sia accertato in maniera inequivoca che egli abbia rinunciato al suo diritto di comparire e difendersi; essa impone pertanto alle autorità giurisdizionali nazionali di verificare se l’accusato abbia avuto la possibilità di avere conoscenza diretta del procedimento a suo carico, quando sorga su questo punto una contestazione che non appaia manifestamente infondata.

Conseguentemente, i giudici di Strasburgo sostenevano la necessità di mettere il ricorrente in una situazione il più possibile equivalente a quella nella quale si sarebbe trovato se l’art. 6 non fosse stato violato: il rimedio più appropriato sarebbe stato quello di rinnovare il processo o di riaprire la procedura in tempo utile e nel rispetto delle condizioni previste da tale norma. Facendo leva su tale pronuncia, Somogyi rivolgeva quindi alla Corte d’appello di Bologna una nuova istanza di rimessione, dichiarata inammissibile con ordinanza del 14 luglio 2005, e poi – contro quest’ultimo provvedimento – ricorso per cassazione.

Dopo aver richiamato le più importanti acquisizioni della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, nonché i provvedimenti legislativi recentemente adottati in tema di esecuzione delle sentenze di Strasburgo, la prima sezione penale ha sostenuto che si deve ritenere che “i precisi obblighi nascenti dalla Convenzione, e recepiti dalla più recente normativa interna, portino necessariamente a concludere che, *in materia di violazione dei diritti umani (e in particolare in presenza di gravi violazioni dei diritti della difesa), il giudice italiano sia tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l’intangibilità del giudicato*”.

⁷⁵ Cass. pen., sez. I, (ud. 12 luglio 2006) 3 ottobre 2006, n. 32678, inedita.

La Corte di Cassazione sembra essersi qui spinta molto avanti, fino ad affermare – questa volta non in relazione all'applicazione di una particolare disciplina interna, come aveva fatto nelle pronunce “gemelle” del gennaio 2004 relative alla cd. legge Pinto, ma in generale – l'esistenza di un vero e proprio vincolo del giudice italiano alla giurisprudenza di Strasburgo, anche quando l'ottemperanza alle sentenze di quella Corte abbia come “effetto collaterale” il sacrificio del giudicato interno⁷⁶.

Proprio sulla scorta del caso *Somogyi*, la prima sezione penale – con sentenza resa il 1° dicembre 2006 – ha dichiarato l'inefficacia dell'ordine di carcerazione emesso in esecuzione della sentenza del 3 ottobre 1994 a carico di Paolo Dorigo, disponendo l'immediata liberazione dello stesso.

La Corte ha annullato l'ordinanza della Corte di Assise di Udine (che aveva respinto la richiesta del Procuratore della Repubblica di verificare l'efficacia del titolo esecutivo e la conseguente legittimità della detenzione del Dorigo ai sensi dell'art. 670 c.p.p.) sulla base delle seguenti considerazioni:

- a) le norme della Convenzione europea hanno una particolare forza precettiva, derivante essenzialmente dal raccordo con l'art. 2 Cost. (rispetto al quale esse assumono “*portata confermativa ed*”

⁷⁶ Merita un cenno – proprio perché successiva (anche se di poco) al caso *Somogyi* – la sentenza *B.C. c. Ministero della Giustizia* del novembre 2006, ancora una volta in tema di risarcimento del danno derivante dalla durata irragionevole del processo (*Cass. civ., sez. I, (ud. 10 ottobre 2006) 15 novembre 2006, n. 24356*).

La prima sezione civile ha accolto il ricorso, affermando – in perfetta concordanza con le sentenze delle Sezioni Unite del gennaio 2004 e del dicembre 2005, poc'anzi esaminate, oltre che con la giurisprudenza della Corte europea – che la sussistenza del danno non patrimoniale deve ritenersi presunta ogniqualvolta il processo ecceda i limiti ragionevoli di durata. Desta sorpresa, tuttavia, il seguente *obiter dictum*: “il principio suddetto opera, infatti, nel senso che le giurisdizioni nazionali devono per quanto possibile interpretare il diritto interno conformemente alla convenzione; e che il giudice nazionale – libero di valutare se nel singolo caso concreto sussistano circostanze che dimostrino che nessuna conseguenza pregiudizievole si è verificata – può anche allontanarsi in sede di liquidazione dalla applicazione rigorosa e formale dei criteri adottati dalla Corte europea, conservando un margine di valutazione in relazione alla natura e alle caratteristiche di ogni singola controversia, salva però la impossibilità di liquidare, per ogni anno di ritardo, somme che non siano in relazione ragionevole con quella (...) accordata dalla Corte negli affari consimili”. La prima sezione civile sembra aver “ignorato” la sentenza *Somogyi*: stupisce che essa non venga neppure menzionata tra i precedenti conformi (richiamati tra parentesi immediatamente prima del passo appena riportato), e che la Corte abbia, a ben vedere, applicato un criterio di “conformazione” alla giurisprudenza di Strasburgo notevolmente più elastico di quello fatto proprio dalla prima sezione penale. Ciò è ancor più vero se si considera che quello dell'applicazione della legge Pinto era stato l'ambito in cui l'indirizzo volto a valorizzare il *dictum* della Corte europea si era, inizialmente, fatto strada (tanto che, in dottrina, non si escludeva che le pronunce “gemelle” del gennaio 2004 avessero introdotto un vincolo di carattere generale alla giurisprudenza di Strasburgo).

- esemplificativa*): con la precisazione che la giurisprudenza di legittimità ha anzi espressamente riconosciuto la natura sovraordinata delle stesse, “sancendo l’obbligo per il giudice di *disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto*”⁷⁷;
- b) le sentenze della Corte di Strasburgo che accertano la violazione di una disposizione della Convenzione sono immediatamente “*produttive di diritti ed obblighi*” sia nei confronti dello Stato interessato (che è tenuto a rimuovere tempestivamente le conseguenze della stessa), sia nei confronti del cittadino (che ha un vero e proprio “diritto alla riparazione”, in forma specifica o per equivalente);
 - c) il giudice italiano deve conformarsi alle pronunce di detta Corte, e – quando la “riapertura” del processo sia l’unico mezzo per restituire *in integrum* il ricorrente – “*deve riconoscere il diritto al nuovo processo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione (..) l’intangibilità del giudicato*”;
 - d) il combinato disposto degli artt. 6 e 5 par. 4 CEDU riconosce a chi abbia riportato condanna in un procedimento giudiziale ritenuto iniquo dalla Corte di Strasburgo di presentare ricorso al giudice nazionale, perché accerti la legalità della detenzione: nel nostro ordinamento, tale strumento va identificato, appunto, nell’incidente di esecuzione ex art. 670 c.p.p.;
 - e) la prolungata inerzia dell’Italia nell’*affaire* Dorigo “corrisponde alla *trasgressione dell’obbligo* previsto dall’art. 46 della Convenzione di *conformarsi alla sentenza definitiva della Corte europea* e, quindi, costituisce una condotta (...) qualificabile come *‘flagrante diniego di giustizia*’. Ne segue che la tesi accolta dal giudice dell’esecuzione si risolve, in buona sostanza, *nell’ammettere che la persistenza della detenzione del Dorigo possa trarre titolo dal conclamato inadempimento degli obblighi sanciti dalla Convenzione, vincolanti anche nell’ordinamento interno*”.

3.4. Alcuni punti fermi.

Ripercorse le linee fondamentali della giurisprudenza della Cassazione lungo i tre “versanti” su cui si è sviluppata, si tenterà ora di fissare qualche punto fermo.

Il rischio – se ne è consapevoli – è quello di semplificare eccessivamente questioni che sono di per sé complesse, e alle quali si sono date risposte diverse, spesso tra loro contraddittorie. Tuttavia, l’esigenza di “mettere ordine” è, forse per questo, fortissima.

⁷⁷ Si richiama qui, testualmente, la sentenza *Centurione Scotto* resa dalle Sezioni Unite civili nel dicembre 2005 (vedi *supra*, par. 3.3).

A) Un primo rilievo, di carattere generale, attiene proprio al senso di disorientamento che coglie chi si accosta alla giurisprudenza della Cassazione su questi temi: il lettore ne avrà, forse, avuto prova tentando di districarsi nel “groviglio” di pronunce che si è qui cercato di esaminare (si spera, senza aggiungere ulteriori motivi di confusione).

Da un lato, appare quasi del tutto assente un coordinamento tra sezioni civili e sezioni penali: gli indirizzi giurisprudenziali sorti in seno alle une e alle altre sembrano essersi sviluppati “a compartimenti stagni”, così che non sempre (anzi, quasi mai) i punti d’approdo sono gli stessi. Una giurisprudenza “schizofrenica”, verrebbe da dire...

Dall’altro, neppure i ripetuti interventi delle Sezioni Unite – nella maggior parte dei casi, volti a dirimere contrasti giurisprudenziali (a riprova del fatto che la materia è estremamente “calda”) – hanno contribuito a sciogliere i nodi davvero fondamentali, o almeno non lo hanno fatto in maniera rilevante (l’unica eccezione è la sentenza *Polo Castro* del 1988): quasi che il giudice di nomofilachia non riesca a svolgere compiutamente il suo ruolo. Forse – ma di questo si parlerà più diffusamente in seguito – la natura dei problemi richiederebbe che ad affrontarli “di petto” fosse, una volta per tutte, la Corte costituzionale: la sensazione che i giudici di legittimità “annaspino”, per così dire, ogniqualvolta vengono in rilievo questioni relative alla CEDU è, probabilmente, dovuta al fatto che la Cassazione non è l’attore istituzionale più idoneo ad occuparsene.

B) Una seconda considerazione, anch’essa generale, riguarda il diverso grado di familiarità con il diritto di Strasburgo dimostrato dai giudici di nomofilachia: accanto a vere e proprie “punte di diamante” (come la sentenza *Medrano*, o, più di recente, la sentenza *Somogyi*), che rappresentano alcuni dei momenti di massima apertura del nostro ordinamento alla CEDU, si riscontrano purtroppo frequenti “cadute di stile” (ad es. nei casi in cui la vincolatività delle disposizioni della Convenzione e della relativa giurisprudenza viene fatta discendere semplicisticamente –

per non dire erroneamente – dalla loro appartenenza al diritto comunitario⁷⁸).

Questo divario è, probabilmente, spia del “disagio” avvertito dai giudici tutte le volte in cui vengono in rilievo questioni relative all’implementazione della Convenzione europea, in primo luogo in ragione della condizione di incertezza in cui versano. In assenza di direttive certe, la tentazione è quella di rifugiarsi in “territori meno ostili”: i ripetuti riferimenti ai paradigmi ben più rassicuranti del diritto comunitario ne sono, forse, la prova.

C) La terza osservazione concerne invece il problema dell’applicabilità *sic et simpliciter*, senza bisogno di mediazioni, delle norme della CEDU. La propensione a considerarle alla stregua di norme programmatiche, e non precettive – per riprendere la terminologia adottata dalla Corte costituzionale nei primi anni della sua attività – sembra ormai appartenere a epoche lontane, anche se in alcune pronunce è purtroppo dato di coglierne gli echi⁷⁹.

Andando più a fondo al problema, si può peraltro rilevare come – se anche le disposizioni della Convenzioni non avessero, intrinsecamente, carattere *self-executing* – l’interpretazione che di esse ha dato la Corte di Strasburgo le avrebbe comunque rese sufficientemente precise da poter essere utilizzate come regole del caso concreto: quand’anche le norme

⁷⁸ Solo tra le pronunce esaminate, *Cass. civ., sez. I, 17 settembre 2004, n. 18739* e *Cass. pen., sez. I, 3 ottobre 2005, n. 35616*.

Si riporta, di seguito, un passo della sentenza F. del 2003 (*Cass. Pen., sez. IV, (u. p. 6 febbraio 2003) 2 maggio 2003*, in *Dir. pen e processo* n. 5/2004, p. 597) che pare davvero emblematico di questo tipo di “equivoci”: “questa Corte rileva che le norme del diritto comunitario, ancorché non recepite espressamente nell’ordinamento nazionale dei paesi membri, tuttavia allorquando siano in contrasto con quelle del diritto interno, indubbiamente hanno forza cogente (...). Al riguardo infatti, come è noto, la Corte costituzionale ha statuito che “risponde alla logica del sistema comunitario che i regolamenti della CEE – sempreché abbiano completezza di contenuto dispositivo, quale caratterizza di regola le norme intersoggettive, come fonte immediata di diritti e di obblighi sia per gli Stati sia per i loro cittadini in quanto soggetti delle Comunità, non debbano essere oggetto di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possano comunque differirne o condizionarne l’entrata in vigore, e tanto meno sostituirsi ad essi, derogarvi o abrogarli, anche parzialmente”.

⁷⁹ *Cass. pen., sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 3429*.

della CEDU non fossero, di per sé, direttamente applicabili, esse assumerebbero dunque tale caratteristica alla luce della giurisprudenza di Strasburgo.

D) La questione si intreccia, a questo punto, con quella della vincolatività delle sentenze rese dalla Corte di Strasburgo nei confronti dell'Italia⁸⁰.

Con la sentenza *Somogyi* la Cassazione sembra essere approdata, infine, a una soluzione “forte”, che valorizza l’elaborazione giurisprudenziale della Corte europea e giunge addirittura a postulare che il giudicato interno “ceda il passo” agli obblighi di esecuzione che derivano dalle condanne per il nostro Paese. Essa è, dunque, da salutare con favore, come netta presa di distanza dalle reticenze e dalle ambiguità che avevano caratterizzato la precedente giurisprudenza sul punto.

E’ però lecito chiedersi se una così marcata discontinuità con il passato sarà effettivamente percepibile nelle pronunce successive al caso *Somogyi*, o se le affermazioni contenute in questa sentenza non siano state un mero *flatus vocis* (come farebbe pensare la sentenza *B.C. c. Ministero della Giustizia* della prima sezione civile, di poco successiva⁸¹).

Due sembrano essere, in particolare, gli ostacoli alla diffusione di una prassi giurisprudenziale veramente rispettosa dell’*acquis* della Corte di Strasburgo:

- a) l’onere – piuttosto gravoso per i giudici – di tenersi aggiornati sulle sentenze della Corte europea (non solo quelle pronunciate nei confronti dell'Italia, ma anche degli altri Paesi membri del Consiglio d’Europa);
- b) il valore non vincolante del precedente nel nostro ordinamento.

Alla luce di questi rilievi, il timore è che i giudici italiani continuino a tenere la CEDU fuori dal bagaglio degli strumenti utili per la risoluzione dei casi concreti, o che si limitino a un “ossequio formale” alla giurisprudenza

⁸⁰ Vedi *supra*, par. 1.

⁸¹ Vedi *supra*, nt. 76.

di Strasburgo, rivendicando a ogni piè sospinto la propria autonomia; magari prendendo le mosse dall'orientamento precedente della Cassazione, che autorizzava soluzioni difformi da quelle della Corte europea a patto che fossero motivate⁸². A meno che, s'intende, la Corte costituzionale non intervenga a "blindare" la sentenza *Somogyi*...

E) Resta da affrontare la questione più spinosa: quella relativa alle modalità di composizione dei contrasti tra normativa interna e normativa di matrice convenzionale.

Per il momento, la Corte di Cassazione non ha mai "osato" disapplicare disposizioni interne configgenti con il diritto di Strasburgo, limitandosi a teorizzare il ricorso a tale tecnica. Colpisce, però, la *nonchalance* con cui essa ha fatto discendere dall'immediata applicabilità delle norme della CEDU la loro prevalenza su quelle interne incompatibili: quella della disapplicazione – prescindendo, per ora, dalla sua opportunità – è una soluzione audace, che avrebbe richiesto ben altre riflessioni.

Probabilmente, i giudici di legittimità sono stati influenzati dalle "suggerzioni" provenienti dal diritto comunitario, in cui il meccanismo della disapplicazione ha effettivamente dato buona prova di sé: perché non utilizzarlo anche per dirimere i contrasti tra norme interne e CEDU, allora? Si cercherà di dare una risposta a questo interrogativo dopo aver guardato alle pronunce dei giudici di merito che – spingendosi più avanti della Cassazione – hanno effettivamente disapplicato alcune disposizioni interne incompatibili con la Convenzione.

Rimane, preliminarmente, da chiedersi se la Suprema Corte – con le ordinanze nn. 11887, 12810 e 22357, con cui ha sollevato questione di legittimità dell'art. 5-*bis* d.l. n. 333/1992⁸³ – abbia effettivamente inteso sconfessare il ricorso a tale strumento, oppure – come darebbe invece da pensare la sentenza *Dorigo* del dicembre 2006, che, richiamando il *dictum* delle Sezioni Unite civili nella pronuncia *Centurione Scotto*, ha evidenziato

⁸² Vedi *supra*, par. 3.3.

⁸³ Vedi *supra*, par.1 e 3.2, nonché *infra*, par. 13.

“l’obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto” – continui (sia pur astrattamente) ad annoverarlo tra gli itinerari percorribili in caso di contrasto tra il diritto interno e quello di matrice convenzionale.

E’ piuttosto curioso rilevare come le posizioni delle Sezioni civili e di quelle penali a proposito della disapplicazione si siano, in queste recenti pronunce, completamente invertite: è ora la Cassazione civile – che pure, come si è detto, aveva inizialmente prefigurato per il giudice interno la possibilità, o meglio, l’obbligo di ricorrervi nel caso in cui non fosse possibile risolvere l’antinomia a livello interpretativo – a “disconoscerla”, affermando che l’unica strada praticabile è, in tale circostanza, il promovimento di una questione di legittimità costituzionale; al contrario, la Cassazione penale – che mai in precedenza⁸⁴ (e forse non a caso) aveva avallato il ricorso alla disapplicazione – sembra in questa occasione averlo fatto, sia pure soltanto *en passant*.

La conclusione più realistica è che, nonostante le prese di posizione “formali”, non si sia ancora consolidato in seno alla Cassazione alcun orientamento sul punto: è questo, come si vedrà, uno dei molti fronti ancora aperti nel quadro dei rapporti tra diritto interno e diritto di Strasburgo.

4. La disapplicazione della normativa interna in contrasto con la Convenzione nelle sentenze dei giudici di merito.

Se la Cassazione non ha, per il momento, effettivamente disapplicato alcuna disposizione interna contrastante con il diritto di Strasburgo (limitandosi esclusivamente ad ammettere, in astratto, tale evenienza), i giudici di merito sono per così dire “passati dalle parole ai fatti”, applicando la norma di matrice convenzionale al posto di quella interna ritenuta con essa incompatibile.

⁸⁴ Vedi *supra*, par. 3.2.

Le pronunce in cui ciò si è verificato sono, ad oggi, pochissime. Vale la pena, tuttavia, di guardarle più da vicino, per comprendere cosa abbia spinto i giudici ordinari ad adottare una soluzione che – sia pur prescindendo, per ora, da una valutazione di opportunità – non può non definirsi “spregiudicata”.

La prima tra le sentenze che si andranno ora ad esaminare è quella pronunciata il 19 settembre 2000⁸⁵ dalla Commissione Tributaria Regionale di Milano.

La Maggi Catene s.p.a. aveva adito la Commissione Tributaria di Lecco per ottenere il rimborso dell'imposta di registro pagata in occasione della registrazione di un atto recante delibera di emissione di un prestito obbligazionario. L'assoggettamento dell'emissione di obbligazioni alla tassazione proporzionale dell'1% – previsto dall'art. 4, lett. e), D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634 – era infatti in palese contrasto:

- a) con l'art. 11 della direttiva n. 69/335 CEE (che impediva la tassazione dei prestiti obbligazionari);
- b) con l'art. 1 Protocollo n. 1 CEDU, che sancisce il diritto di proprietà (inteso come diritto al libero godimento di ogni bene, ivi comprese le somme di denaro).

La Commissione di Lecco, applicando l'art. 79 D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 (che, in attuazione della direttiva suddetta, eliminava la tassazione dei prestiti obbligazionari) aveva accolto il ricorso. Contro la decisione di primo grado, tuttavia, aveva proposto appello l'Ufficio del registro di Lecco, e la causa era stata rimessa alla Commissione Tributaria Regionale di Milano.

La quinta sezione della Commissione suddetta ha dunque provveduto a disapplicare l'art. 4, lett. e), D.P.R. n. 634/1972 sulla base della seguente argomentazione: “La tassazione (...) è avvenuta sulla base di una disposizione legislativa messa in vigore dallo Stato italiano *in violazione non soltanto del diritto comunitario, ma anche in violazione di uno dei diritti fondamentali (il diritto di proprietà) contemplati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.* (...) E' nota (...) la particolare caratteristica che differenzia la CEDU dalla gran parte delle Convenzioni internazionali, consistente nel fatto che ciascuna delle alte parti contraenti ha dichiarato di riconoscere *direttamente* ad ogni persona sottoposta alla propria giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nella CEDU medesima. (...) E' noto, infine, che la CEDU si fonda esclusivamente sul *principio di “sussidiarietà”*, nel senso che, conformemente a quanto riconosciuto nel suo art. 1, *il rispetto e la tutela dei diritti enunciati nella CEDU deve essere assicurato, in primo luogo, direttamente dagli ordinamenti di ciascuno stato contraente*, sia attraverso le fonti normative nazionali sia mediante la diretta applicazione della CEDU da parte dei suoi organi amministrativi e giurisdizionali”.

⁸⁵ Commissione Tributaria Regionale di Milano, sez. V, 19 settembre 2000, in *Riv. it. dir. pubblico comunitario*, 2001, p. 160 ss.

Secondo tale ricostruzione, dunque, l'onere di dare applicazione immediata all'art. 1 Protocollo n. 1 e (conseguentemente) di disapplicare il suddetto art. 4 lett. e) sarebbe derivato dal principio di sussidiarietà, al quale si conforma l'intero "sistema CEDU". E' vero che la norma soccombente si poneva in contrasto non solo con l'art. 1 Protocollo n. 1, ma anche con una disposizione di diritto comunitario (che, astrattamente, avrebbe potuto giustificare il ricorso alla disapplicazione). Tuttavia, la direttiva n. 69/335 CEE non era suscettibile di applicazione immediata perché non *self-executing*: la norma di matrice convenzionale sembra, dunque, aver fatto qui "la parte del leone".

Il collegamento con il diritto comunitario è, invece, del tutto assente nella sentenza *Traghetto c. Ente Poste* del giugno 2001⁸⁶, con cui il Tribunale di Genova ha disapplicato l'art. 9, comma 21, ultima parte, d. lgs. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito in l. 28 novembre 1996, n. 608.

A detta del collegio giudicante, tale norma – che vietava al giudice di operare la conversione in contratto a tempo indeterminato del contratto cui fosse stato illegittimamente apposto un termine – si poneva infatti in contrasto con l'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, nella sentenza *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia* del 1994, i giudici di Strasburgo avevano affermato che "il principio della preminenza del diritto e la nozione del processo equo consacrati dall'art. 6 si oppongono ad ogni ingerenza del potere legislativo, al fine di influire sulla conclusione giudiziaria di una lite, nell'amministrazione della giustizia", denunciando la violazione della norma suddetta da parte di un intervento del legislatore greco ispirato unicamente all'esigenza di risolvere un processo in corso.

Analoghi problemi poneva la disciplina dell'art. 9, comma 21, ultima parte, d.lgs. n. 510/1996, introdotta dal legislatore esclusivamente per incidere su un contenzioso seriale di notevoli dimensioni (e deciderlo in senso favorevole all'Ente Poste)⁸⁷.

⁸⁶ *Tribunale di Genova, sentenza 4 giugno 2001*, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2653 ss.

⁸⁷ Sebbene, dopo la costituzione dell'Ente poste in ente pubblico economico, i contratti di lavoro alle sue dipendenze dovessero attenersi alla disciplina privatistica, i dirigenti dell'ente avevano continuato ad assumere personale con contratti a tempo determinato basati sulla normativa speciale preesistente. Poiché, secondo la *lex superveniens*, i contratti illegittimi dovevano essere automaticamente convertiti in contratti a tempo indeterminato, i dipendenti avevano fatto valere davanti all'autorità giurisdizionale il beneficio di tale conversione: ne era derivato un contenzioso di notevoli proporzioni, che aveva richiesto l'approvazione di una norma *ad hoc* (appunto, l'art. 9, co. 21).

Il Tribunale di Genova ha, pertanto, ritenuto di dover disapplicare tale norma, dichiarando pertanto illegittimo il termine apposto al contratto dedotto in giudizio e convertendolo in contratto a tempo indeterminato.

La decisione risulta ancora più audace per il fatto che la Corte costituzionale – nella sentenza n. 419/2000 – aveva “salvato” il suddetto art. 9, comma 21, ritenendolo conforme agli artt. 101, 102 e 104 Cost. sulla base delle seguenti affermazioni: “questa corte ha già da tempo chiarito (...) che *la funzione giurisdizionale non può dirsi violata per il solo fatto di un intervento legislativo con efficacia retroattiva, quando il legislatore – come nella specie – agisca sul piano astratto delle fonti normative senza ingerirsi nella specifica risoluzione delle concrete fattispecie in giudizio*”.

Il giudice di merito ha ritenuto che bisognasse guardare alla sostanza oltre la forma: per escludere l'indebita ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia non era sufficiente verificare che la fattispecie delineata dall'art. 9 co. 21 fosse generale e astratta, perché tali caratteristiche si sarebbero riscontrate sempre (eccetto che nell'ipotesi, fortunatamente del tutto remota, in cui il legislatore si fosse spinto a definire “*direttamente una singola controversia statuendo che nella causa promossa da Tizio contro Caio la domanda deve essere accolta o respinta*”).

Per quel che qui interessa è opportuno notare come, prima di giungere alla conclusione della disapplicazione, i giudici di Genova si siano interrogati – in via generale – sulla sorte delle disposizioni interne contrastanti con la CEDU, riservando particolare considerazione all’*“analisi svolta dalla giurisprudenza in tema di rapporti fra norme interne e norme comunitarie”*.

Merita di essere riportato, a questo proposito, il seguente passaggio della sentenza: “(...) *i rapporti fra le norme dello Stato italiano da un lato, le norme comunitarie e quelle della convenzione dall'altro, sono retti dai medesimi principi*. Queste ultime prevalgono sul diritto interno, in cui sono direttamente applicabili, in forza di una limitazione della sovranità dello Stato che trova fondamento nell'art. 11 Cost. Inoltre l'ordinamento interno da un lato, quello comunitario e quello sorto dalla convenzione dall'altro, si pongono quali ordinamenti autonomi e distinti. *Attesa l'identità di principi in cui si inquadra l'intera materia appare del tutto coerente che la giurisprudenza, sul tema della incompatibilità fra norme della convenzione e norme interne, sia pervenuta, sia pure a seguito di analisi meno approfondite, a soluzioni del tutto analoghe a quelle (...) cui è pervenuta in relazione al conflitto tra ordinamento comunitario e interno*”.

Dell'aprile 2002 è, ancora, la sentenza con cui la Corte d'Appello di Roma⁸⁸ ha rifiutato di applicare il limite di reddito indicato dalla legge n. 533/1973 per avere accesso al gratuito patrocinio, dal momento che lo stesso si poneva in contrasto con il principio di effettività dell'accesso agli organi giurisdizionali fissato dall'art. 6 CEDU e dall'art. 47 della Carta di Nizza.

⁸⁸ Corte d'Appello di Roma, sez. lavoro, 11 aprile 2002, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 2221 ss.

In apparenza sembrerebbe che la norma sia stata disapplicata per il “tramite” del diritto comunitario: lo stesso giudice di merito afferma che essa è incompatibile con il suddetto principio, garantito (oltre che dalla norma della Convenzione) “*dall’art. 47 della Carta di Nizza e quindi anche dal diritto comunitario, che consente la disapplicazione da parte del giudice ordinario delle norme del diritto nazionale contrastanti*”. Tuttavia, tale disposizione non è direttamente applicabile: l’unico argomento valido, per quanto problematico, per sostenere l’illegittimità della disciplina interna rimane dunque – come è stato evidenziato – quello del contrasto con la CEDU⁸⁹.

Non potendo trovare applicazione il limite dettato dalla normativa “disapplicata”, dunque, il giudice si è peraltro preoccupato di fissarne in via pretoria uno diverso, individuato nei 18 milioni di lire annui previsti dalla l. 134/2001.

Le tre pronunce – indubbiamente “singolari” – potrebbero forse essere annoverate tra quelle in cui il giudice di merito, ostentando una *grandeur* da Corte costituzionale, fa ricorso a tutti i mezzi a propria disposizione (ai limiti del consentito, o addirittura in spregio alla lettera della legge) per decidere la causa “conformemente a giustizia”. Sembra opportuno, invece, esaminare più a fondo le questioni che esse pongono.

In primo luogo, la disapplicazione della normativa interna non è stata frutto dell’erronea riconduzione della CEDU al diritto comunitario, come verrebbe a prima vista da pensare: nelle tre pronunce esaminate, i giudici avevano ben presente che ciò che stavano applicando direttamente, al posto delle disposizioni interne, era il diritto di Strasburgo. Piuttosto, essi hanno enfatizzato le affinità tra gli obblighi derivanti da quest’ultimo e quelli discendenti invece dal diritto comunitario, prospettando, di conseguenza, una soluzione analoga per la composizione dei conflitti tra norme.

In secondo luogo – come già si è avuto modo di osservare – la Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite, ha almeno in tre occasioni dato a tale soluzione il proprio avallo: la circostanza che essa non abbia, per il momento, provveduto a tradurre in pratica ciò che ha affermato in teoria non può “rassicurare” più di tanto, soprattutto alla luce delle posizioni

⁸⁹ P. SANTOLI, *La disapplicazione di leggi ordinarie in contrasto con la CEDU*, cit., p. 2228.

innovative – fortemente improntate alla valorizzazione del diritto di Strasburgo – cui essa è giunta nelle pronunce più recenti.

Tutto ciò fa pensare che la “tentazione” della disapplicazione non coinvolga uno sparuto numero di giudici di merito preda di velleitarie “manie di grandezza”, ma sia un fenomeno più diffuso, dettato da motivazioni che probabilmente hanno qualcosa a che fare con l’atteggiamento ambiguo del giudice delle leggi: l’insoddisfazione di fondo per le soluzioni da questi adottate nelle vicende dell’implementazione della CEDU si avverte, spiccatamente, nella sentenza del giudice di Genova, laddove questi afferma (non troppo tra le righe) come la Corte costituzionale abbia “liquidato” la questione su cui è chiamato a decidere in poche battute, affrontandola in maniera superficiale.

Al di là di queste considerazioni, ciò che è essenziale notare è che il ricorso alla disapplicazione si traduce, in realtà, in un aggiramento del sindacato di legittimità costituzionale. In tutte le pronunce ora menzionate si sarebbero potute invocare – come parametri alla stregua dei quali verificare la legittimità delle norme “incriminate” – le disposizioni della Costituzione: gli artt. 41 e 42 nel primo caso; gli artt. 101, 102 e 104 nel secondo; l’art. 24 nel terzo. I giudici di merito hanno deliberatamente evitato di farlo, prendendo invece in esame norme sovranazionali, che offrivano una maggior “libertà di manovra”. Dal momento che – nella gran parte dei casi, anche se non in tutti – le disposizioni della Convenzione europea e dei protocolli aggiuntivi sono sovrapponibili a quelle della Costituzione, il consolidamento di una simile prassi determinerebbe la coesistenza di un sindacato di costituzionalità accentrato e di un sindacato di convenzionalità diffuso, con un ambito di operatività largamente coincidente.

E’ possibile tentare anche un altro approccio al problema. Come è stato acutamente rilevato in dottrina⁹⁰, le disposizioni convenzionali impongono a ciascuno Stato membro di effettuare un bilanciamento tra

⁹⁰ A. GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU*, cit., p. 29 ss.

interessi protetti dalla Convenzione medesima: giusto per fornire un esempio, l'art. 8 CEDU vincola ciascuno di essi a bilanciare il diritto al rispetto della vita familiare con le esigenze di ordine pubblico sottese all'espulsione di uno straniero dal territorio nazionale⁹¹.

Ma quale attore istituzionale è, in concreto, tenuto ad effettuare tale bilanciamento?

Quella derivante dal diritto di Strasburgo è un'obbligazione di risultato, non di mezzi: purché il punto di approdo sia l'adeguato contemperamento di tutti gli interessi rilevanti, tutte le soluzioni astrattamente ipotizzabili sono egualmente valide. Pertanto:

- a) potrebbe procedervi – una volta per tutte – il legislatore (introducendo però nel dettato normativo elementi “flessibili”, che consentano al giudice del caso concreto di integrare il giudizio con le peculiari valutazioni ad esso inevitabilmente correlate);
- b) potrebbe procedervi il giudice delle leggi, assumendo a parametro del giudizio di costituzionalità le disposizioni convenzionali di volta in volta rilevanti;
- c) potrebbe procedervi infine – direttamente – il giudice del caso concreto, applicando senza mediazioni la norma convenzionale.

Alla luce di questa impostazione, è ora possibile inquadrare meglio le “singolari” pronunce appena esaminate: in tutti e tre i casi, i giudici di merito – insoddisfatti del bilanciamento effettuato dal legislatore o dalla Corte costituzionale – hanno rivendicato un autonomo potere di bilanciamento, facendo leva direttamente sulle norme della Convenzione (di per sé, o nell'interpretazione datane a Strasburgo). Così facendo, essi potuto accordare una protezione più incisiva al diritto “debole”, senza il bisogno di interpellare altri attori istituzionali (che, probabilmente, non avrebbero condiviso la necessità di rimettere in discussione i rapporti di forza, già definiti, tra diritto “prevalente” e diritto “soccumbente”).

⁹¹ Era proprio questa la questione giuridica affrontata dalla Cassazione nel caso *Medrano* (vedi *supra*, par. 3.1).

5. I “fronti aperti”.

Può forse essere utile, a questo punto, fermarsi per mettere più nitidamente a fuoco i (numerosi) problemi che ancora non hanno trovato soluzione.

A) Qual è il rango della CEDU nella gerarchia delle fonti interne?

La risposta della Corte costituzionale a questa domanda pare non ammettere repliche: la Convenzione, recepita nell’ordinamento interno con legge ordinaria, ha rango di legge ordinaria.

Tuttavia – come si è visto – né i giudici di merito né quelli di legittimità sembrano ritenerla realmente appagante. Proprio per questa ragione, la Consulta si trova ciclicamente a dover fare i conti con questioni di legittimità costituzionale in cui le disposizioni della Convenzione vengono invocate quali “norme interposte”⁹², che di fatto dilatano il parametro del giudizio. E’ peraltro opportuno sottolineare come, sebbene la Corte costituzionale escluda *expressis verbis* la loro idoneità ad essere dedotte di per sé sole (richiedendo, immancabilmente, la contestuale presenza delle corrispondenti norme costituzionali), il ruolo effettivamente svolto dalle disposizioni di matrice convenzionale sia molto spesso quello di parametro esclusivo nel giudizio di costituzionalità.

B) Qual è il paradigma di risoluzione dei contrasti tra normativa interna e diritto di Strasburgo?

Come si avrà occasione di vedere meglio in seguito, il canone dell’interpretazione conforme gioca – a questo proposito – un ruolo fondamentale. Esso consente, tuttavia, di risolvere la gran parte, ma non la totalità dei problemi.

⁹² L’interposizione di fonti tra il piano costituzionale e il piano ordinario può operare tutte le volte in cui sia possibile riscontrare un collegamento funzionale tra fonti (*lato sensu*) costituzionalmente richiamate, e ha per conseguenza, appunto, l’estensione del parametro di costituzionalità a disposizioni esterne alla Carta costituzionale. Si rimanda, sul punto, ad A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, p. 70 ss.

Per le ipotesi in cui non sia possibile armonizzare in via interpretativa la normativa interna e quella di matrice convenzionale, le soluzioni in astratto praticabili sembrano essere due:

- 1) sollevare questione di legittimità costituzionale della disposizione nazionale che presenta profili di attrito con la CEDU, adducendo la violazione di una delle norme della legge fondamentale che potrebbero assicurarne la “copertura” (ossia – secondo gli itinerari elaborati in dottrina – gli artt. 2, 10, 11 e 117 Cost.)⁹³;
- 2) disapplicare la disposizione interna che non si conformi agli standard imposti a Strasburgo.

C) Qual è la “forza obbligatoria”⁹⁴ delle sentenze rese dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nei confronti dell’Italia? In altre parole, fino a che punto le Autorità interne sono vincolate a rispettare le indicazioni sulle misure individuali ed, eventualmente, generali necessarie per riparare alla violazione in esse contenute?

Il problema più delicato che concretamente si è posto è quello della “riapertura” dei processi ritenuti a Strasburgo irrispettosi dell’art. 6 CEDU, a fronte di una sentenza nazionale passata in giudicato.

La prima sezione penale della Cassazione – nelle recentissime sentenze *Somogyi e Dorigo* – ha dato una lettura molto forte dell’obbligo di conformazione che discende dalle pronunce della Corte europea rese contro l’Italia: neppure il giudicato interno può frapporsi come ostacolo nel processo di riparazione della lesione patita dal ricorrente, demandato (alla stregua dell’art. 46 CEDU) al legislatore o ai giudici nazionali.

Tuttavia – proprio perché, al momento, le pronunce che hanno abbracciato tale orientamento sono soltanto le due or ora menzionate – sembra più realistico includere anche questo tra i fronti (ancora) aperti.

⁹³ Vedi *infra*, par. 6 ss.

⁹⁴ Si adotta qui la terminologia adoperata da A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea*, cit., p. 140, che a sua volta riprende le espressioni di O. DE SCHUTTER, *La coopération entre la Cour européenne des droits de l’homme et le juge national*, in *Revue belge droit international*, 1997, pp. 49-50 e nt. 88.

D) Qual è l'“autorità di cosa giudicata interpretata”⁹⁵ delle sentenze di Strasburgo?

Poiché tutte le pronunce della Corte europea (oltre a decidere un singolo caso concreto) pongono principi di diritto che ben potrebbero trovare applicazione in situazioni analoghe, è necessario chiedersi se sia possibile desumere dalle stesse l'esistenza di obblighi di conformazione validi *erga omnes* (e non solo per lo Stato condannato).

Se l'art. 1 CEDU può agevolmente fondare il dovere, per ciascuno Stato membro, di dare esecuzione alle sentenze della Corte pronunciate nei suoi confronti secondo le indicazioni da questa fornitegli, non è altrettanto semplice ricondurre a tale disposizione convenzionale anche questo ulteriore vincolo⁹⁶. Tuttavia, sebbene – su un piano strettamente giuridico – la configurabilità di un simile obbligo sia discutibile, è piuttosto immediato rendersi conto di come, in realtà, esso già permei il “diritto vivente”: la preoccupazione degli Stati contraenti di adottare soluzioni conformi al diritto di Strasburgo e di rivedere quelle che potrebbero presentare con esso profili di attrito (a maggior ragione, quando soluzioni analoghe siano già state censurate dalla Corte europea in pronunce rese nei confronti di altri Stati) non è affatto trascurabile, e sembra anzi destinata ad assumere un peso sempre maggiore.

La Corte di Strasburgo preme in questa direzione, a ciò indotta dalla consapevolezza che il sistema di protezione dei diritti delineato dalla Convenzione di Roma del 1950 ormai vacilla sotto il peso dei ricorsi pendenti, che ogni anno aumentano in maniera quasi esponenziale: esso

⁹⁵ A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea*, cit., p. 140.

⁹⁶ A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea*, cit., p. 140. L'Autrice ritiene che, in tal modo, si trasformerebbe “l'impegno di fedeltà degli Stati contraenti ai diritti e libertà convenzionali, in un diverso impegno di fedeltà nei confronti del significato che a questi attribuisce il suo interprete internazionale”. A parere di chi scrive, l'affermazione non è condivisibile: se la CEDU – a differenza di altre convenzioni internazionali – è presidiata da un organo giurisdizionale deputato a garantire una portata effettiva ai diritti e alle libertà che essa sancisce, non si vede come sia possibile, per le autorità interne chiamate ad applicarla, prescindere dall'interpretazione che di essa dà l'attore istituzionale più “qualificato” (la Corte di Strasburgo, appunto).

rischia “di essere annegato dal suo stesso successo”, si legge nel rapporto preliminare elaborato dalla commissione di “saggi” presieduta da Lord Wolf of Barnes e investita dell’ingrato compito di studiare possibili rimedi⁹⁷. L’allargamento ad est del Consiglio d’Europa (che ha determinato l’ingresso di molte “democrazie relativamente fragili”) e la percezione sempre più diffusa che la Corte europea sia un vero e proprio “giudice di ultima istanza” in materia di diritti umani rischiano, in effetti, di far collassare l’intero sistema CEDU⁹⁸. Solo l’effettiva presa di coscienza, da parte degli Stati firmatari, che la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali va realizzata *in primis* a livello nazionale (attraverso la predisposizione di adeguate misure “riparatorie” e “preventive”) può scongiurare un simile esito: e la strada obbligata perché gli Stati possano accordare alle garanzie convenzionali una protezione equivalente a quella assicurata, finora, dalla Corte di Strasburgo è la sempre maggiore “sensibilizzazione” dei giudici nazionali alla sua giurisprudenza⁹⁹.

Se, come è stato detto, la volontà della Corte europea è quella di non rinunciare alla propria indiscussa supremazia nell’interpretazione della Convenzione, ma di esercitarla “per delega”¹⁰⁰, è nella natura delle cose che gli effetti *erga omnes* delle sue sentenze si mostrino, d’ora in poi, sempre più evidenti: sebbene, al momento, quello dell’“autorità di cosa giudicata interpretata” delle pronunce rese a Strasburgo sia uno dei punti in assoluto più problematici, non è difficile pensare che gli Stati siano presto costretti a considerarlo un dato acquisito.

6. I tentativi dottrinali di qualificazione costituzionale della CEDU.

⁹⁷ Si rimanda, per questo profilo, a L. DE MATTEIS, *Un rapporto sul problema dell’efficienza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in Cass. pen., 2006, 5, p.1941 ss. L’Autore evidenzia, in particolare, come il 4% dei ricorsi pendenti sia stato presentato più di cinque anni fa: anche la Corte europea viola gli standard di ragionevole durata dei processi imposti dall’art. 6 CEDU.

⁹⁸ Il rapporto è consultabile all’indirizzo Internet www.echr.coe.int

⁹⁹ A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea*, cit., p. 144.

¹⁰⁰ A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea*, cit., p. 143.

Muovendo dalla considerazione che le soluzioni legislative e giurisprudenziali sul rango della CEDU nell'ordinamento apparivano profondamente insoddisfacenti, la dottrina – soprattutto in un primo momento¹⁰¹ – ha elaborato una serie di itinerari attraverso i quali realizzare una sua “copertura” costituzionale.

Com'è stato detto, “l'idea che alcuni atti normativi possano, in virtù della loro sostanza, presentare un'efficacia che trascende quella che deriverebbe dalla loro forma non è nuova”¹⁰²: essa si ricollega alla nozione di “costituzione materiale”, costituita da quell'insieme di principi e regole non scritti che si fanno valere nell'interpretazione, attuazione ed applicazione della Costituzione “formale”, nel testo rigido formulato dai Costituenti nel 1948¹⁰³. Proprio su questa idea si basano gli itinerari argomentativi percorsi dalla dottrina, che verranno di seguito esposti prendendo come punto di riferimento le quattro disposizioni costituzionali su cui si impernano.

6.1. L'art. 2 e il principio “personalista”.

Una prima “base costituzionale” che consente di equiparare la CEDU alle disposizioni della legge fondamentale è quella offerta dall'art. 2 Cost. e dal principio “personalista” di cui questa norma è espressione¹⁰⁴.

Il riferimento della norma ai “*diritti inviolabili*” dell'individuo è il punto di partenza di questa ipotesi di qualificazione costituzionale della CEDU¹⁰⁵

¹⁰¹ Come ricorda P. Santoli, la posizione oggi prevalente è quella di considerare la CEDU alla stregua di una “legge rinforzata”, dotata di particolare resistenza passiva proprio per il suo essere riconducibile a una “fonte atipica” (in linea con l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 10/1993). Cfr. P. SANTOLI, *La disapplicazione di leggi ordinarie in contrasto con la CEDU*, cit., p. 2231.

¹⁰² G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 358.

¹⁰³ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995, p. 90.

¹⁰⁴ Così recita la norma: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”.

¹⁰⁵ Sostenuta, tra gli altri, da A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, p. 84., F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1099, F.

che – riconoscendo ai diritti di libertà in essa garantiti natura di “diritti inviolabili”, appunto – li eleva a rango costituzionale: una violazione, da parte del legislatore nazionale, delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo costituirebbe – oltre che inadempimento di un obbligo internazionale, sanzionabile con gli strumenti approntati dal diritto di Strasburgo – violazione della Costituzione (pertanto censurabile da parte della Consulta).

Secondo la dottrina maggioritaria, solo l'interpretazione dell'art. 2 come norma “aperta”¹⁰⁶ renderebbe possibile l'integrazione della Costituzione alla luce della costituzione materiale e delle convenzioni internazionali sui diritti umani, e dunque – per quel che qui interessa – consentirebbe di fondare su tale disposizione un'ipotesi di copertura costituzionale della CEDU: per questa ragione si procederà, ora, ad esporre le linee essenziali della questione (e, di seguito, a verificare se tale impostazione sia o meno condivisibile).

A lungo i costituzionalisti hanno dibattuto sul carattere dell'art. 2 Cost., chiedendosi se esso dovesse intendersi come “norma di chiusura” (riassuntiva dei diritti fondamentali che la Costituzione espressamente tutela) o come “norma di apertura” a libertà o valori che non trovano in essa riconoscimento manifesto¹⁰⁷.

Le obiezioni avanzate nei confronti dell'impostazione “aperta” sono molte.

Una prima, di carattere testuale, sottolinea come l'art. 2 Cost. faccia riferimento ai “diritti inviolabili” dell'uomo, e non, invece, ai “diritti naturali”: il costituente – è stato dunque sostenuto – ha scientemente evitato che,

MANTOVANI, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, in Arch. Giur. Nino Serafini, 1968, p. 43, A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, in AA. VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, atti del convegno organizzato dal Centro di Studi e di formazione sui diritti dell'uomo e dei popoli dell'università di Padova, Padova, 1989, p. 40 ss., nonché, più di recente, dai già menzionati F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., p. 55 ss. e G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., 358 ss.

¹⁰⁶ Cfr., per tutti, A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, cit., p. 84 ss.

¹⁰⁷ A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, cit., p. 84.

attraverso tale richiamo, si potessero introdurre “surrettiziamente” nell’ordinamento nuove norme non previste, tra l’altro con il grado di rigidità che è proprio delle leggi costituzionali¹⁰⁸. Ancora, i commentatori paventano che – per questa via – si giunga ad un eccessivo “slargamento” della categoria costituzionale dei diritti fondamentali, riconducendovi situazioni giuridiche soggettive che non sono in armonia con il catalogo di valori originariamente tutelato dai costituenti¹⁰⁹. Un ulteriore rischio, secondo altri, sarebbe poi rappresentato dall’attribuzione ad un “corpo separato” dal potere politico e dalla relativa responsabilità (qual è la Corte costituzionale) del difficile compito di individuare i diritti inviolabili “inespressi”, cosa che potrebbe addirittura modificare i “rapporti di forza” della Consulta con gli altri principali attori istituzionali¹¹⁰.

Non è possibile prendere qui una posizione netta su queste obiezioni, né valutare se le preoccupazioni espresse dagli interpreti della Costituzione siano fondate. Bisogna, però, rilevare che:

- a) da un lato, la norma è stata ampiamente utilizzata – in ambiti diversi da quello del diritto costituzionale – come fattispecie aperta, in grado di offrire protezione a diritti emersi nella coscienza sociale in momenti successivi a quello in cui la Costituzione è stata redatta¹¹¹;

¹⁰⁸ A. BARBERA, in *Commento all’art. 2*, cit., pp. 83 ss.

¹⁰⁹ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 370.

¹¹⁰ A. BARBERA, in *Commento all’art. 2*, cit., p. 92. L’Autore afferma, incisivamente, quanto segue: “Non corriamo il rischio di ripetere la vicenda antica dell’apprendista stregone, di vedere emergere dal cratere dell’art. in esame non più il timido ma inviolabile diritto all’abitazione del proletario sfruttato, ma ben più aggressivi diritti del borghese molestato? (...) Se è vero che la Corte costituzionale, pronta a recepire esigenze di tutela delle libertà civili, non si mostra altrettanto disponibile sul piano della tutela degli strumenti di partecipazione (...), non si potrà non valutare attentamente il rischio, una volta caduto lo schermo di difesa rappresentato da puntuali disposizioni costituzionali e caduti altresì i sicuri confini tracciati dal binario delle libertà come diritti, di trovarsi di fronte, ove siano intervenuti mutamenti nel sistema politico e nei rapporti fra le classi sociali, a una riedizione della *Supreme Court* degli anni ‘30”.

¹¹¹ Tra questi possono essere annoverati, ad esempio, il diritto di formare una famiglia e di procreare, il diritto all’onore e alla reputazione, il diritto di muoversi liberamente, il diritto di scegliere la propria residenza e il proprio domicilio, la libertà di informazione, il diritto di rettifica, l’obiezione di coscienza, il diritto all’abitazione del convivente *more uxorio* del defunto locatario, il diritto all’ambiente salubre, il diritto alla libertà sessuale, il diritto alla propria formazione culturale, il diritto dei figli incestuosi al riconoscimento giudiziale della paternità e della maternità, ecc. Vedi *amplius* A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, 2003, pp. 25 ss.

b) dall'altro, la stessa Corte costituzionale – pur partendo da posizioni rigide, che sposavano una lettura “chiusa” dell'art. 2 – ha progressivamente riconosciuto rilievo costituzionale, proprio per il tramite di questa disposizione, a situazioni giuridiche nuove, determinate dal progresso tecnico e scientifico o da una diversa sensibilità sociale: essa ha, pertanto, di fatto adottato un'interpretazione “aperta” della norma in questione¹¹².

Inoltre – per quanto le obiezioni a tale concezione possano essere fondate – l'operatore giuridico non può, ad ogni modo, non tenere conto del progressivo ampliamento del catalogo dei diritti umani meritevoli di tutela: com'è stato efficacemente sottolineato, è l'elenco stesso dei diritti fondamentali positivizzati ad essere non rigido ma “aperto”, proprio perché le esigenze di protezione che via via emergono impongono che siano in esso ricomprese ipotesi non previste, né prevedibili, al momento della sua formulazione¹¹³.

Poiché, dunque, l'ordinamento va modellato non solo in funzione della garanzia dei valori della persona, ma anche in funzione del loro sviluppo, l'interpretazione “aperta” dell'art. 2 sembra essere l'unica in grado di assecondare la ricerca (necessaria e inarrestabile) di nuovi spazi di libertà. Proprio in quest'ottica la CEDU potrebbe dunque:

a) precisare e specificare il significato delle disposizioni costituzionali che già presidiano i diritti e le libertà in essa garantiti, costituendo anzi – attraverso la sua interpretazione da parte degli organi di Strasburgo – uno dei fattori più importanti di alimentazione della Costituzione nel tempo: nuova “linfa vitale”¹¹⁴ confluirebbe quindi, per questa via, nel tessuto costituzionale, scongiurando l'ipotesi di un suo progressivo “inacidimento”;

¹¹² Vedi ad esempio la sentenza del 24 maggio 1985, n. 161, in cui la Corte – relativamente a un caso di transessualismo – ha individuato l'esistenza di un diritto all'identità sessuale, da annoverarsi fra quelli inviolabili tutelati dall'art. 2 Cost.

¹¹³ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 371.

¹¹⁴ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 359.

b) “innestare” nel terreno fertile della Carta del '48 diritti che essa non prevede espressamente, ma che pure appaiono in perfetta sintonia con i valori e gli obiettivi ai quali è improntata: su tutti, il diritto alla vita protetto dall'art. 2 CEDU e il diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art. 8.

Come è stato rilevato in dottrina, operando come strumento di “elasticizzazione” dell'ordinamento, l'art. 2 Cost. lo rendere particolarmente sensibile a valori giuridici esterni e nuovi: la norma costituisce uno stimolo a leggere la Costituzione “scritta” in modo non statico ma dinamico, lungo le linee guida offerte dagli strumenti internazionali sui diritti umani. La funzione sostanziale da essa svolta è, dunque, analoga a quella dell'art. 53 CEDU (che consacra il “principio di favore”), e – in generale – di tutte le clausole simili contenute negli accordi internazionali in materia di diritti dell'uomo: realizzare il coordinamento tra ciascuna norma della Costituzione e le disposizioni convenzionali¹¹⁵.

Se la lettura dell'art. 2 Cost. come norma “aperta” rappresenta il primo passo per accordare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo copertura costituzionale, è stato peraltro osservato che neppure l'interpretazione riduttiva che la vuole invece norma “chiusa” sbarrerebbe la strada a questa operazione: attraverso il riferimento a “diritti impliciti”, “diritti strumentali” e “diritti trasversali”, i sostenitori di tale concezione sono arrivati a sostenere, infatti, posizioni non molto diverse da quelle dei fautori dell'opposta concezione “aperta”, cosicché le due teorie appaiono – a ben vedere – quasi indistinguibili¹¹⁶.

Ad ogni modo, poiché l'interpretazione estensiva appare quella effettivamente recepita nel diritto vivente, è possibile affermare che l'art. 2

¹¹⁵ A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno*, cit., pp. 53-54. Secondo l'Autore, nella sua opposta funzione di limite l'art. 2 costituisce invece un “*baluardo contro l'immissione nel nostro ordinamento di valori che siano contrari ai diritti umani*”: poiché, a proposito del sistema CEDU, l'ipotesi che ciò accada è “per definizione” assurda, non pare il caso di approfondire questa specifica questione, che ci porterebbe troppo lontani dalla prospettiva che qui interessa.

¹¹⁶ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 368.

Cost. può senz'altro costituire la base per un'ipotesi di "copertura" costituzionale della Convenzione europea.

6.2. L'art. 10 e l'"universalizzazione" del diritto.

Un secondo tentativo di attribuire alla CEDU rango anche formalmente costituzionale è quello che si riconnette al primo comma dell'art. 10 Cost.¹¹⁷.

Le varianti prospettate dalla dottrina sono molte:

a) c'è chi ha sostenuto, innanzitutto, che la norma in esame adatterebbe automaticamente il diritto italiano tanto al diritto internazionale generale quanto al diritto internazionale convenzionale¹¹⁸. La tesi contrasta però con il chiaro intento del costituente, che (come si legge nei lavori preparatori) ha voluto escludere in modo inequivoco i trattati internazionali dal rinvio operato dall'art. 10: e l'interprete – pur dissentendo sulla congruenza e sull'opportunità di tale differenziazione – non può far altro che prenderne atto¹¹⁹;

b) secondo altri – in un'ottica di "universalizzazione" del diritto e di rottura delle barriere del diritto statale – l'art. 10 colmerebbe per principio le lacune dell'ordinamento, tutte le volte che principi universalmente accolti nell'ordine internazionale non siano stati tradotti in leggi specifiche¹²⁰. Ancora una volta, però, l'argomento letterale si oppone a questa (pur suggestiva) ricostruzione: il "trasformatore" permanente dell'art. 10 opera, infatti, solo con riguardo al diritto internazionale consuetudinario;

c) un'ulteriore variante della dottrina in esame non contesta l'interpretazione del dettato costituzionale, ma asserisce che le disposizioni della CEDU (o perlomeno alcune di esse) riproducono norme

¹¹⁷ Ai sensi del primo comma dell'art. 10 Cost. *"L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale genericamente riconosciute"*.

¹¹⁸ R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, p. 64.

¹¹⁹ A. CASSESE, *Commento all'art.10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, p. 493.

¹²⁰ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, p. 171.

internazionali universalmente riconosciute¹²¹. E' possibile obiettare, però, che nella prassi internazionale solo la riprovazione per le cd. *gross violations* (genocidio, discriminazione razziale, tortura, schiavitù) ha acquistato validità universale, delineando norme consuetudinarie in grado di vincolare – indistintamente – tutti i membri della comunità internazionale¹²². Il carattere specifico di molte norme della CEDU, poi, impedisce che esse vengano incluse nella categoria delle consuetudini internazionali;

d) secondo una quarta ricostruzione, l'adattamento automatico alla Convenzione europea si realizzerebbe tramite la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda* (o *pacta recepta sunt servanda*)¹²³. A ben vedere, però, una norma siffatta non esiste, perché se l'obbligatorietà degli accordi internazionali discendesse da tale norma, ogni volta che un trattato viene violato si avrebbe anche la violazione di quella norma generale (mentre la prassi fa valere come illecito solo l'inadempimento); inoltre, se la tesi fosse corretta, non si vede perché il costituente avrebbe dovuto accordare – al comma 2 dello stesso articolo – una tutela “rinforzata” agli accordi che disciplinano il trattamento dello straniero¹²⁴;

e) un'altra tesi – da ricondursi sempre nell'alveo dell'art. 10 Cost. – afferma che le norme di matrice convenzionale rese esecutive con legge ordinaria non possono essere implicitamente derogate da norme primarie contrastanti, ad esse successive: opera infatti, a garanzia di tali norme, un principio di specialità *sui generis* (diversa da quella *ratione materiae* o *ratione personarum*)¹²⁵. La norma internazionale, secondo la tesi in questione, è sorretta da una duplice volontà legislativa: quella di regolare alcuni rapporti secondo un determinato assetto di interessi, e quella di

¹²¹ P. PUSTORINO, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, p. 34 ss.

¹²² G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 376.

¹²³ P. BARILE, *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Com. int.*, 1966, p. 15 ss.

¹²⁴ A. CASSESE, *Commento all'art. 10*, cit., p. 495.

¹²⁵ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 323.

rispettare gli obblighi internazionali. Solo un atto successivo del legislatore, con il quale questi espressamente dichiarano di voler contravvenire alla duplice volontà manifestata in precedenza, potrebbe abrogare la normativa di origine pattizia. La volontà di ripudiare un'obbligazione internazionale preesistente potrebbe ricavarsi in modo implicito soltanto quando l'oggetto dell'obbligazione e quello della norma interna coincidano perfettamente sia quanto alla materia regolata, sia quanto ai soggetti.

Tale ricostruzione si mostra, invero, poco lineare. Essa, poi, perviene a esiti che non sono compatibili con il principio di specialità (anche inteso sotto il profilo procedimentale): quest'ultimo è, infatti, idoneo a operare in vista della determinazione della norma applicabile quando fra due disposizioni sia stato rilevato un contrasto, mentre lo scopo del principio di specialità *sui generis* ricostruito dalla dottrina in esame sarebbe, invece, proprio quello di evitare la rilevazione di un contrasto¹²⁶;

f) infine, anche il riferimento alle fonti atipiche, accolto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 10/1993, pare in qualche modo ricollegarsi all'art. 10. La categoria che così si introduce appare, però, problematica ed incerta: essa si rivela, pertanto, un fondamento troppo fragile per giustificare la pretesa resistenza della CEDU all'abrogazione da parte di norme ordinarie successive¹²⁷.

A parere di chi scrive, nessuno degli itinerari argomentativi che si innestano nel solco dell'art. 10 co. 1 Cost. potrebbe effettivamente "reggere il peso" della copertura costituzionale della CEDU: intanto perché la premessa maggiore del ragionamento sarebbe, in tutti i casi, un'interpretazione della norma che si pone in aperto contrasto con l'intento del costituente, che ha deliberatamente escluso dall'ambito di applicabilità della stessa il diritto internazionale pattizio; in secondo luogo perché – anche partendo dal presupposto che le disposizioni della Convenzione

¹²⁶ S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 1999, p. 11.

¹²⁷ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., p. 65.

codifichino principi, per così dire, “connaturati” nel D.N.A. del patrimonio costituzionale europeo, se non addirittura mondiale – riesce davvero difficile pensare che norme così specifiche e articolate come quelle della CEDU possano effettivamente aver assunto carattere consuetudinario.

Un discorso a parte merita invece la tesi – minoritaria (seppur autorevolmente sostenuta) in dottrina¹²⁸ – secondo la quale non il primo, bensì il secondo comma dell’art. 10 Cost.¹²⁹ consentirebbe di garantire alla CEDU una forza giuridica superiore a quella che discenderebbe dalla normativa primaria con cui si è provveduto a darvi esecuzione.

Poiché l’art. 1 della Convenzione impone agli Stati firmatari il riconoscimento dei diritti e delle libertà in essa sanciti nei confronti di ogni persona (e non solo dei rispettivi cittadini), è possibile ritenere che essa concorra a determinare la condizione giuridica degli stranieri, perciò ricadendo nell’ambito di applicazione dell’art. 10 comma 2 Cost. La CEDU godrebbe, pertanto, di una particolare forza di resistenza passiva, dal momento che il dettato costituzionale pone un onere di conformità della legislazione interna in materia alle norme internazionali, tanto consuetudinarie quanto pattizie: qualora insorgessero antinomie tra l’una e le altre, sarebbero dunque queste ultime a prevalere.

In ossequio al principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 Cost., poi, le disposizioni convenzionali che si mostrassero più garantiste rispetto alle corrispondenti norme della Costituzione andrebbero applicate anche ai cittadini italiani, e non solo agli stranieri: pena l’ingiustificata disparità di trattamento dei primi rispetto ai secondi (e dunque, una discriminazione “al rovescio”). La tesi ora delineata nelle sue linee essenziali mira, dunque, non già a garantire alla CEDU una copertura costituzionale, ma

¹²⁸ Così M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 49, e – più di recente – A. PACE, *Costituzionalismo e metodi interpretativi dei diritti fondamentali*, in G. ROLLA (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 2001, p. 42.

¹²⁹ Così recita la disposizione in esame: “La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”.

semplicemente ad accordarle una particolare forza di resistenza all'abrogazione e la prevalenza sulle disposizioni interne meno garantiste.

Il pregio di tale costruzione argomentativa è indubbio, dato che – nel pieno rispetto del dato testuale – essa giunge a conclusioni che paiono difficilmente confutabili: ciò nondimeno, essa si presenta da un lato piuttosto contorta, e dall'altro valida per la risoluzione di molti, ma non di tutti, i problemi di coordinamento tra diritto interno e diritto di Strasburgo. In particolare, in base a questo itinerario, l'apporto della CEDU sarebbe nullo laddove essa si limitasse a garantire a un diritto o a una libertà una protezione (non più accentuata, ma soltanto) equivalente a quella assicurata dal testo costituzionale: quando – come si è visto a proposito dell'art. 2 Cost. – la naturale “carica vivificatrice” della Convenzione (e del “diritto vivente” che è il prodotto della giurisprudenza della Corte europea) potrebbe avere, anche in questo caso, un impatto positivo sul sistema.

6.3. L'art. 11 e il cd. “principio internazionalista”.

Sul secondo comma dell'art. 11 Cost.¹³⁰ si basa un terzo tentativo di qualificazione costituzionale della Convenzione europea. Esattamente come quello imperniato sull'art. 10, questo itinerario non considera la CEDU meritevole di una tutela “accentuata” in quanto accordo internazionale sui diritti umani, ma solo in quanto accordo internazionale *tout court*.

I lavori preparatori della Costituzione mostrano come l'obiettivo che i costituenti si prefiggevano, al momento della redazione, fosse quello di delineare un nuovo assetto della comunità internazionale, fondato sul superamento del dogma della sovranità assoluta, su un'intensa collaborazione tra gli Stati (con le conseguenti limitazioni alla loro sfera di

¹³⁰ Questo è, per intero, il testo della norma: “ *L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*”.

libertà) e sulla creazione di organizzazioni internazionali finalizzate alla promozione della pace e della giustizia¹³¹.

La *ratio* della disposizione in esame induce, quindi, a interpretare in senso ampio (e non restrittivo) due delle espressioni che in essa figurano:

- a) la prima riguarda lo scopo del perseguimento della pace e della giustizia, che la norma richiede perché siano giustificate le limitazioni di sovranità: l'istanza pacifista e solidaristica che anima la disposizione è così importante da far ritenere che il costituente abbia voluto realizzare tale scopo nella misura più ampia possibile, sia attraverso i trattati che lo perseguono direttamente, sia attraverso gli accordi che lo attuano in modo indiretto;
- b) la seconda, invece, è proprio l'espressione "*limitazioni di sovranità*": essa non è usata in senso tecnico (in riferimento a obblighi giuridici comportanti il trasferimento ad altri enti di potestà legislative, giudiziarie ed esecutive), ma nel senso generico e atecnico di ampi e penetranti vincoli internazionali.

Fatte queste precisazioni, è possibile affermare che – in riferimento alla CEDU – le condizioni poste dall'art. 11 possono considerarsi in linea di massima soddisfatte. Essa appare perseguire, infatti (seppur

¹³¹ A. CASSESE, *Commento all'art.11*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, p. 576. Secondo l'Autore, la norma in esame:

- a) autorizza, innanzitutto, il Parlamento a stipulare accordi comportanti limitazioni di sovranità (alle condizioni sopra ricordate) e gli organi competenti per operare l'adattamento ai trattati a dare ad essi esecuzione;
- b) non autorizza tali organi a ratificare ed eseguire – con legge ordinaria – accordi che siano conformi all'articolo in questione, ma contrastanti con altre disposizioni costituzionali: ciò si risolvrebbe, infatti, in una palese e (dato l'elevato numero di accordi suscettibili di ricadere all'interno di tale previsione) sistematica elusione dell'art. 138 Cost., che prevede per la modifica della Costituzione un procedimento aggravato rispetto a quello richiesto per la legge ordinaria;
- c) pone in capo agli organi di relazioni internazionali l'obbligo negativo di non compiere attività internazionali comportanti limitazioni di sovranità, qualora esse siano tali da porre l'Italia in condizione di ingiustificata disparità o contrastino con la pace e la giustizia;
- d) infine, vincola gli stessi organi a non emanare disposizioni normative contrarie agli atti di adattamento a trattati che soddisfino le condizioni richieste dalla norma stessa (preventivamente stipulati), o ad altre previsioni costituzionali: di qui parrebbe discendere, per il nostro ordinamento, il principio dell'interpretazione conforme che – come si vedrà – ha trovato ampia diffusione in Inghilterra, in Germania e nei Paesi nordici.

indirettamente) i valori della pace e della giustizia, come risulta anche dal Preambolo introduttivo: questi ultimi possono essere salvaguardati più efficacemente – vi si dice – anche attraverso la comune considerazione ed osservanza dei diritti fondamentali dai quali dipendono. Bisogna, d’altro canto, ritenere che, se la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto soddisfatto il requisito della strumentalità per gli accordi istitutivi degli organi comunitari, il ragionamento debba valere *a fortiori* per la Convenzione europea¹³².

Quanto alle limitazioni di sovranità, le considerazioni sopra esposte mostrano come il testo costituzionale non richieda l’identificazione di queste ultime con il trasferimento di funzioni sovrane ad entità sovranazionali, come si sarebbe portati a credere sulla base di un’interpretazione volta a ritagliare l’art. 11 “su misura” per il fenomeno comunitario¹³³. La CEDU inoltre, con il suo apparato di garanzie giurisdizionali, impone agli Stati firmatari vincoli ben più stringenti rispetto al quadro generale delle convenzioni sui diritti umani, che si configurano nella quasi totalità dei casi esclusivamente come patti tra Stati sovrani: se è lecito nutrire qualche riserva sul positivo impiego dell’art. 11 nei confronti di queste ultime, non è dunque possibile fare altrettanto per la Convenzione europea, che – come spesso afferma la Corte di Strasburgo nelle sue pronunce – è uno “strumento vivente” che si completa e si rinnova attraverso gli arricchimenti via via elaborati a livello giurisprudenziale.

Una variante – più problematica – dell’ipotesi di qualificazione costituzionale della Convenzione europea per il tramite dell’art. 11 è quella che passa attraverso la sua “comunitarizzazione”.

La CEDU è entrata, infatti, a far parte dei cd. “principi generali” del diritto comunitario a seguito dell’espressa previsione dell’art. F comma 2

¹³² G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 372.

¹³³ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 373.

del Trattato di Maastricht (ora art. 6 comma 2 del Trattato UE¹³⁴). Già a partire dalla sentenza *Stauder* del 1969, tuttavia, la Corte di Giustizia – per colmare il vuoto di tutela dei diritti fondamentali derivante dall’assenza di un *bill of rights* nei Trattati istitutivi – aveva creato un sistema di principi fondamentali non scritti, derivandoli dalle esperienze costituzionali degli Stati membri e da alcuni trattati internazionali, tra cui – *in primis* – la Convenzione europea dei diritti dell’uomo: con ciò essa intendeva “rassicurare” le Corti costituzionali degli Stati membri (soprattutto di quelli, come l’Italia e la Germania, che vantavano un testo costituzionale corredato da un ampio catalogo di diritti) sul fatto che l’azione delle Comunità non avrebbe calpestato i diritti fondamentali¹³⁵.

La possibilità che le stesse istituzioni comunitarie aderissero alla CEDU, invece, era stata negata dalla Corte di Giustizia nel 1996¹³⁶: tale presa di posizione è stata letta come un tentativo di contenere, *in extremis*, l’avanzare della Corte dei diritti nel territorio del diritto comunitario¹³⁷.

¹³⁴ Questo il testo della norma: “L’unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”.

¹³⁵ M. CARTABIA – J.H.H. WEILER, *L’Italia in Europa*, Bologna, 2000, pp. 218 – 219.

¹³⁶ Si riporta, di seguito, il par. 6 del parere n. 2/94 del 28 marzo 1996, con cui la Corte di Giustizia si è espressa negativamente sulla possibilità di adesione dell’Unione alla Convenzione europea: “En l’état actuel du droit communautaire, la Communauté n’a pas compétence pour adhérer à la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, car, d’une part, aucune disposition du traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d’édicter des règles en matière de droits de l’homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine et, d’autre part, une telle adhésion ne saurait s’opérer par le recours à l’article 235 du traité. En effet, si le respect des droits de l’homme constitue une condition de la légalité des actes communautaires, l’adhésion de la Communauté à la convention européenne des droits de l’homme entraînerait un changement substantiel du régime actuel de la protection des droits de l’homme, en ce qu’elle comporterait l’insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct ainsi que l’intégration de l’ensemble des dispositions de la convention dans l’ordre juridique communautaire. Une telle modification du régime de la protection des droits de l’homme dans la Communauté, dont les implications institutionnelles seraient également fondamentales tant pour la Communauté que pour les États membres, revêtirait une *envergure constitutionnelle* et dépasserait donc par sa nature les limites de l’article 235. Elle ne saurait être réalisée que par la voie d’une modification du traité”.

¹³⁷ A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, cit., p. 90 ss.

La “manovra” della Corte di Lussemburgo potrebbe, ciò nondimeno, essere vanificata dall’entrata in vigore del Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa, che all’art. I – 9¹³⁸ ha, appunto, prefigurato l’adesione dell’Unione alla Convenzione europea. Gli esiti dei procedimenti di ratifica finora effettuati nei singoli Stati membri, tuttavia, pendono come una spada di Damocle su di esso, inducendo a dubitare che possa tradursi in un atto di legge vincolante.

Il problema, però – a prescindere dall’adesione dell’UE alla CEDU – è un altro, e riguarda la distinzione tra “libertà/limite” e “libertà/scopo” dell’Unione.

Il fatto che la CEDU sia stata “comunitarizzata” – o, addirittura, che si verifichi l’auspicata adesione – non modifica le competenze attribuite dai Trattati comunitari: l’UE non può prendere a pretesto la garanzia dei diritti fondamentali per ampliare le proprie competenze a scapito di quelle degli Stati¹³⁹. Al contrario, questi sono più garantiti, perché le istituzioni europee sono tenute a rispettare, nella propria azione, i diritti fondamentali.

Poiché il principio è di sussidiarietà (e non di sovranità), appare dunque erroneo sovrapporre i piani del diritto interno e del diritto comunitario: gli Stati membri sono tenuti all’osservanza del secondo solo laddove eseguono obblighi comunitari.

Dal momento che tra le competenze dell’UE non figura la garanzia dei diritti fondamentali – o, in altre parole, poiché questa costituisce una “libertà/limite” e non una “libertà/scopo” dell’Unione – sono le Costituzioni nazionali (eventualmente integrate dagli accordi sui diritti umani) a dettare lo standard di tutela per il diritto interno. Nessun tipo di vincolo in materia

¹³⁸ Così recita la norma:

“1. L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali che costituisce la parte II.

2. L’Unione aderisce alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nella Costituzione.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali”.

¹³⁹ Il secondo paragrafo dell’art. I-9, come si è potuto vedere, lo stabilisce espressamente.

di diritti fondamentali – dunque – potrebbe derivare al legislatore e ai giudici italiani dal diritto dell'UE, oltre beninteso l'ambito dell'esecuzione degli obblighi comunitari¹⁴⁰.

6.4. L'art. 117 e il rispetto degli "obblighi internazionali".

L'appiglio testuale più esplicito per sostenere la qualificazione costituzionale della CEDU è senza dubbio rappresentato, oggi, dall'art. 117 Cost.¹⁴¹, così come riformulato dalla l. 18 ottobre 2001, n. 3: la norma prescrive, infatti, al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Essa pone, tuttavia, numerosi problemi interpretativi, ancora in buona parte non risolti.

Ai fini della presente analisi, il nodo cruciale è il seguente: non è chiaro se il nuovo art. 117 Cost. debba configurarsi quale norma sulla produzione giuridica "interna" (ovvero diretta a fissare i limiti all'esercizio della potestà normativa dello Stato e delle Regioni) o come norma di adattamento di portata generale (al pari dell'art. 10 co. 1 Cost., che tuttavia opera come "trasformatore permanente" del diritto internazionale consuetudinario, e non di quello di natura pattizia).

Dal momento che neppure l'art. 1 l. 5 giugno 2003, n. 131 (recante le disposizioni per l'adeguamento alla l. cost. n. 3/2001) sembra in grado di dirimere la questione¹⁴², e che la Corte costituzionale non ha, per ora,

¹⁴⁰ E' quel che emerge, in modo molto chiaro, nell'ordinanza n. 11887 della prima sezione civile della Corte di Cassazione (e nelle due successive che, con essa, hanno provveduto a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis l. 359/1992), nella quale la Suprema Corte afferma che *"non sembra sostenibile neppure l'avvenuta "comunitarizzazione" della Convenzione europea dei diritti, in virtù del par. 2 dell'art. 6 del Trattato di Maastricht del 7 luglio 1992: il rispetto dei diritti fondamentali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, da parte dell'Unione, costituisce una direttiva per le istituzioni comunitarie, non una norma comunitaria rivolta agli Stati membri"*.

¹⁴¹ Così recita la norma: *"La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"*.

¹⁴² Ai sensi di tale disposizione, *"Costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'art. 10 della Costituzione, da accordi*

avuto modo di pronunciarsi sul punto¹⁴³, è indispensabile guardare all'elaborazione dottrinale sviluppatasi fin dall'entrata in vigore della norma.

Parte della dottrina ha ritenuto che, con la sua "riscrittura", il legislatore costituzionale abbia voluto introdurre un'ulteriore norma generale di adattamento, analoga all'art. 10 Cost. per portata, ma da questo differenziandosi in quanto rivolta al diritto internazionale di natura convenzionale (e non consuetudinaria). Se così fosse, l'art. 117 Cost. potrebbe attribuire alle norme di origine pattizia la funzione di norme interposte nel giudizio di costituzionalità: la norma internazionale potrebbe, pertanto, diventare il parametro di controllo della legislazione ordinaria rispetto alla Costituzione.

Altra parte della dottrina – argomentando soprattutto dal confronto tra la disposizione in esame e altre previsioni analoghe presenti in ordinamenti stranieri – ha escluso che il nuovo art. 117 Cost. possa avere effetti così "dirompenti" nel sistema italiano¹⁴⁴.

Sebbene entrambe le interpretazioni della previsione costituzionale siano state autorevolmente sostenute, quella restrittiva è forse la più convincente. Il dato testuale, infatti, non sembra idoneo a giustificare la qualificazione dell'art. 117 co. 1 Cost. come norma generale di

di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'art. 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali". Essa sembra, più che altro, precisare che – perché i trattati internazionali costituiscano un vincolo per il legislatore nazionale – essi debbano essere in vigore sul piano internazionale e vincolanti per l'Italia.

¹⁴³ Con la sentenza n. 406/2005, essa si è confrontata per la prima volta con il nuovo testo dell'art. 117 Cost., ma soltanto per quel che attiene ai rapporti tra diritto interno e diritto comunitario. La Consulta ha sostenuto che la l. n. 14/2004 della Regione Abruzzo – che sospendeva per otto mesi la campagna di profilassi della febbre catarrale ovina e consentiva la "movimentazione, commercializzazione e macellazione dei capi animali non vaccinati" – si ponesse in contrasto con quanto stabilito dalla direttiva 2000/75/CE e "di riflesso", dunque, con l'art. 117 co. 1 Cost. Il fatto che il giudice costituzionale abbia esaminato la conformità delle disposizioni impugnate direttamente con quelle della direttiva sembrerebbe preludere a una rilettura in chiave monista dei rapporti tra diritto nazionale e diritto comunitario, con ciò realizzando dopo cinque anni – com'è stato detto – lo "scongelo" di tale norma, che fino alla pronuncia in esame era stata del tutto ignorata. Cfr. sul punto R. CALVANO, *La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 2005, p. 4436 ss.

¹⁴⁴ A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, cit., p. 98.

adattamento, soprattutto se si confronta quest'ultimo con le disposizioni analoghe presenti in altri ordinamenti: nei sistemi in cui i trattati internazionali – una volta ratificati – sono immediatamente operativi nell'ordinamento interno, in effetti, le norme di adeguamento contengono sempre un rimando esplicito all'immediata efficacia delle disposizioni pattizie nel diritto nazionale, mentre l'art. 117 Cost. fa riferimento soltanto ai vincoli gravanti sul legislatore¹⁴⁵. Inoltre, la circostanza che sia stato inserito nel testo della Costituzione il limite del rispetto degli obblighi internazionali non pare neppure aver modificato l'interpretazione dell'art. 10 sull'adattamento automatico, che – secondo la Corte costituzionale – non concerne il diritto internazionale pattizio¹⁴⁶.

Piuttosto, la norma costituzionale sembra fondare, per il legislatore nazionale, un obbligo di adeguamento (di ricezione, e, comunque, di esecuzione interna) alle norme internazionali non universalmente riconosciute: il dovere di rispettare gli obblighi internazionali non ha, infatti, valenza esclusivamente negativa (sostanzandosi nel divieto di adottare disposizioni con essi contrastanti), ma anche positiva, impegnando gli organi nazionali a porre in essere quanto necessario per il loro adempimento¹⁴⁷. Non è certo casuale – come è stato affermato a riprova della tesi ora enunciata – il fatto che l'obbligo in parola venga fatto gravare sul legislatore, quasi a voler sottolineare la necessità del suo intervento (mentre l'art. 10 Cost. riferisce all'ordinamento nel suo complesso l'adeguamento automatico alle norme internazionali generalmente riconosciute)¹⁴⁸.

Con una certa dose di approssimazione, si può dunque ritenere che i punti fermi siano i seguenti:

¹⁴⁵ L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002, pp. 137 – 138.

¹⁴⁶ F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 1356.

¹⁴⁷ F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali*, cit., p. 1357.

¹⁴⁸ F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali*, cit., p. 1357.

- a) l'art. 117 Cost. non ha introdotto nel testo costituzionale un'ulteriore norma di adattamento automatico al diritto internazionale;
- b) esso si rivolge al legislatore (statale e regionale), assoggettandolo al rispetto degli vincoli internazionali (attraverso l'ottemperanza ad obblighi di "astensione" e di "intervento").

Sempre nell'ottica dell'ipotesi di qualificazione costituzionale della CEDU ex art. 117 Cost. è, tuttavia, necessario interrogarsi anche su altri profili problematici che la norma presenta.

Come si è detto, il primo comma impone al legislatore (statale e regionale) il rispetto *"della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"*: parrebbe, pertanto, lecito chiedersi se la disposizione abbia inteso parificarli quanto al rango normativo. E' stato, ciò nondimeno, sottolineato come una cosa sia l'obbligatorietà (che costituisce "una caratteristica di tutti gli atti giuridici validi"), altra cosa il livello gerarchico della fonte¹⁴⁹: la tesi che sostiene l'equiparazione delle tre tipologie di vincoli sotto il profilo della posizione nella gerarchia delle fonti non trova, dunque, una sicura conferma nella lettera della legge (proprio perché il dato testuale è, in merito, "neutro").

Ancora, non è certo se l'art. 117 Cost. sia una norma sulla produzione giuridica (che, in quanto tale, imporrebbe il rispetto dei soli obblighi internazionali sorti dopo l'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001) o se sia invece una norma di produzione giuridica (che effettuerebbe un rinvio recettizio a tutti gli obblighi internazionali, compresi quelli previgenti e quelli in relazione ai quali la ratifica non sia stata preceduta da legge di autorizzazione)¹⁵⁰.

Questo punto è cruciale per il tema che qui si affronta: se, come pare di dover ritenere sulla base testuale, la disposizione pone un vincolo per il legislatore (e non per il giudice), da essa non discenderebbe (direttamente) l'obbligo per l'autorità giudiziaria di procedere a

¹⁴⁹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., pp. 29 – 30.

¹⁵⁰ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 29.

un'interpretazione adeguatrice delle norme interne in apparente contrasto con la Convenzione; tuttavia, si potrebbe ritenere comunque operante – proprio sulla scorta del dettato dell'art. 117 Cost. – una presunzione di conformità dell'ordinamento interno a quello internazionale, superabile solo laddove il legislatore abbia espressamente inteso contravvenirvi, adottando disposizioni “dissonanti”.

Ora, solo considerando l'art. 117 Cost. come norma di produzione giuridica tale presunzione di conformità potrebbe abbracciare gli obblighi internazionali anteriori al 2001; al contrario, se lo si ritenesse una norma sulla produzione giuridica il canone dell'interpretazione conforme opererebbe solo in relazione a quelli sorti dopo la riforma del titolo V della Costituzione, e dunque solo in un numero limitato di casi (certamente, non tutti quelli in cui ce ne sarebbe effettivamente bisogno).

Nonostante l'esplicito richiamo agli obblighi internazionali effettuato dal nuovo art. 117 Cost., il cammino per derivare da tale norma una copertura costituzionale della CEDU sembra – in ultima analisi – piuttosto in salita, non foss'altro che per le numerose zone d'ombra su cui l'applicazione giurisprudenziale non ha ancora provveduto a gettare luce.

D'altra parte, un'interpretazione dell'art. 11 Cost. che non sia “ritagliata su misura” per il diritto comunitario consentirebbe, a mio avviso, di raggiungere gli stessi identici obiettivi in maniera assai meno problematica: mi pare, infatti, che i profili di similarità delle due disposizioni siano più d'uno, e che varrebbe la pena di approfondirli anche a livello giurisprudenziale¹⁵¹.

7. I modelli di integrazione offerti dall'analisi comparatistica.

Per saggiare la “capacità di tenuta” e la persuasività delle posizioni sostenute in Italia in giurisprudenza e in dottrina, sembra opportuno

¹⁵¹ Vedi *supra*, par. 6.3., e in particolare nt. 131.

rivolgere lo sguardo ai più significativi modelli di integrazione (alcuni più, altri meno coerenti) offerti dall'analisi comparatistica.

Ci si limiterà, in questa sede, a richiamare le soluzioni adottate *aliunde* soltanto quando esse appaiano utili a stimolare considerazioni valide sul piano interno: a questo scopo si farà riferimento essenzialmente ai contributi di Francesco Coccozza, Laura Montanari e – per quel che riguarda l'ordinamento inglese – Ben Emmerson ed Andrew Ashworth.

E' bene osservare, preliminarmente, come le soluzioni adottate per incorporare la Convenzione europea nel diritto interno siano tra loro molto diverse.

A) L'Austria è concordemente ritenuta dalla dottrina il caso esemplare – se non l'unico¹⁵² – di incorporazione della CEDU a livello costituzionale¹⁵³: allo stato attuale, dunque, i diritti sanciti dalla CEDU sono costituzionalmente garantiti, integrano il diritto austriaco e possono essere fatti valere da chiunque ne sia titolare.

Il catalogo di garanzie offerto dalla Convenzione si innesta su quello predisposto dal diritto interno: in caso di parallelismi, la giurisprudenza applica il criterio del "cumulo"; in caso di contrasto, invece, opera il principio di favore (che fa prevalere la norma più favorevole per l'individuo nel caso concreto preso in esame).

Vi è, poi, piena corrispondenza tra il piano per così dire "statico" e quello "dinamico": la Corte austriaca ha mostrato una notevole apertura alle disposizioni della CEDU (soprattutto dopo il riconoscimento del suo rango costituzionale), utilizzandole come parametro interpretativo in sede sia di giudizio sulle leggi, sia di controllo sugli atti. E' stato sottolineato,

¹⁵² Più complessa è la situazione dei Paesi Bassi. Per un'analisi approfondita sul punto, cfr. L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit., pp. 63 ss.

¹⁵³ Sarebbe questa, astrattamente, la formalizzazione più adeguata della materia (costituzionale, appunto) di cui la CEDU tratta. Bisogna, peraltro, sottolineare come l'elevazione della Convenzione europea al rango di fonte costituzionale sia avvenuta in un momento successivo alla ratifica, proprio per sciogliere i dubbi interpretativi che in merito erano sorti in dottrina e in giurisprudenza.

anzi, come essa abbia sviluppato una particolare “vocazione europeistica”¹⁵⁴, affermandosi sulla scena dei diritti fondamentali come uno degli attori meglio in grado di dialogare con la Corte di Strasburgo¹⁵⁵.

B) L’art. 55 della Costituzione francese attribuisce ai trattati ratificati e pubblicati un’efficacia “*superiore a quella delle leggi*”, a condizione di reciprocità, mentre l’art. 54 introduce un controllo preventivo di costituzionalità degli stessi, su istanza dei medesimi soggetti che potrebbero impugnare le leggi, davanti al *Conseil constitutionnel*¹⁵⁶.

La situazione, però, è complicata dalle caratteristiche peculiari del sindacato di costituzionalità adottato in Francia. Poiché il *Conseil constitutionnel* si è rifiutato di inserire senza esitazioni le norme di matrice internazionale nel cd. *bloc de constitutionnalité*¹⁵⁷, la verifica del loro rispetto è affidata ai giudici comuni: attraverso il controllo di “*conventionnalité*” da essi svolto, la legislazione interna contrastante con la CEDU viene disapplicata.

E’ interessante notare – per l’analogia con la situazione che potrebbe profilarsi in Italia se il ricorso alla disapplicazione si diffondesse tra i giudici di merito – come il coordinamento tra il controllo preventivo ad opera del *Conseil constitutionnel* e il controllo di convenzionalità ad opera dei giudici ordinari presenti notevoli difficoltà sul piano concreto: il rischio è, da un

¹⁵⁴ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., p. 43.

¹⁵⁵ Neppure il fatto che la CEDU sia stata elevata al rango di fonte formalmente costituzionale ha, tuttavia, eliminato in radice la possibilità di contrasti tra il livello interno e quello internazionale. Residua, infatti, l’ipotesi di una modifica della Costituzione che deroghi alla disciplina convenzionale: la soluzione dovrebbe essere ricercata a Strasburgo, dal momento che né i giudici ordinari, né la Corte costituzionale austriaca potrebbero risolvere la questione senza calpestare la sovranità del legislatore costituzionale. In qualche misura, però, il principio di favore potrebbe contribuire a sciogliere anche questo tipo di contrasti.

¹⁵⁶ Poiché tale controllo può essere solo preventivo, si potrebbe ritenere che – una volta ratificati – i trattati internazionali godano di una sorta di “presunzione di conformità” all’ordinamento.

¹⁵⁷ Con tale espressione si intende l’insieme delle disposizioni di natura *lato sensu* costituzionale, soggette al controllo di costituzionalità da parte del giudice delle leggi. Una parte della dottrina francese, peraltro, ritiene che sia riscontrabile in alcune pronunce del *Conseil* una tendenza verso l’integrazione della CEDU nel *bloc de constitutionnalité*, con conseguente sanzione delle sue violazioni ad opera dello stesso *Conseil*. Cfr. F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., p. 38.

lato, quello che una legge che abbia passato il vaglio di costituzionalità non superi, invece, il controllo di convenzionalità¹⁵⁸; dall'altro, che i giudici comuni disapplichino – perché in contrasto con la CEDU – una normativa nazionale su cui il *Conseil* non si è invece pronunciato¹⁵⁹.

C) La posizione della Convenzione europea nel quadro dell'ordinamento spagnolo è del tutto peculiare.

L'art. 96 della Costituzione spagnola stabilisce che le disposizioni dei trattati “*possono essere derogate, modificate o sospese nel modo previsto negli stessi trattati o in accordo con le norme generali del diritto internazionale*”: sebbene la norma si riferisca al profilo della “validità in sé” dei trattati – che, ovviamente, non può che dipendere dal diritto internazionale – essa è stata interpretata invece per affermare la prevalenza delle norme pattizie rispetto alla legislazione nazionale¹⁶⁰.

La disposizione più interessante contenuta nel testo costituzionale spagnolo è, però, l'art. 10, che – al suo secondo comma – recita che “*le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà riconosciute dalla Costituzione, si interpretano in conformità alla dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ai trattati internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna*”.

Tale tecnica di raccordo è stata efficacemente definita “coordinamento interpretativo a preminenza convenzionale”¹⁶¹: i giudici spagnoli si vedono infatti obbligati a utilizzare le disposizioni della CEDU e degli altri accordi internazionali sui diritti umani come strumento interpretativo della Costituzione, in virtù di un'espressa previsione di

¹⁵⁸ L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit., pp. 82 ss. Il rilievo è ancor più pregnante dal momento che, in Francia, l'incostituzionalità delle leggi può essere dichiarata esclusivamente prima della loro promulgazione, mentre in seguito esse non possono più essere né impugnate né disapplicate.

¹⁵⁹ Se il *Conseil* inserisse la CEDU nel *bloc de constitutionnalité* il problema non si porrebbe, perché sarebbe lo stesso giudice costituzionale a svolgere tanto il controllo di costituzionalità (preventivo) quanto quello di convenzionalità delle norme.

¹⁶⁰ L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit., p. 108.

¹⁶¹ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., p. 45.

quest'ultima¹⁶². Attraverso questo singolare processo interpretativo, dunque, l'ordinamento spagnolo si apre all'evoluzione delle norme sui diritti fondamentali e al loro adeguamento alle esigenze della società.

L'art. 95, poi, prevede un controllo di costituzionalità delle norme di matrice pattizia, che rimangono pertanto subordinate alla Costituzione (espressione più piena della sovranità nazionale)¹⁶³. Il Tribunale costituzionale può essere chiamato a svolgere tale controllo prima della ratifica dei trattati, su istanza del Governo o di ciascuna camera, ma anche in un momento successivo, dal momento che l'art. 27 co. 2c della legge organica sul *Tribunal Constitucional* ricomprende i trattati internazionali tra le norme suscettibili di essere dichiarate incostituzionali¹⁶⁴.

D) Il modello inglese costituisce l'esperimento maggiormente innovativo di garanzia sul piano nazionale dei diritti previsti dalla CEDU, poiché prevede – nel garantire l'integrazione del diritto interno con quello di matrice convenzionale – il coinvolgimento di tutti i poteri dello Stato (legislativo, esecutivo e giudiziario),

¹⁶² E' da sottolineare, peraltro, come il risultato di questa operazione ermeneutica non sia tanto un ampliamento dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Costituzione, quanto il fatto che gli interventi della Corte di Strasburgo siano tenuti in una speciale considerazione: la Costituzione spagnola del 1978, infatti, contiene già un ricco strumentario di diritti e di libertà. Inoltre, i redattori del testo costituzionale hanno tratto "ispirazione" dalle esperienze di altri Paesi, nonché da alcune delle più importanti convenzioni internazionali. E' emblematico che il Tribunale costituzionale, nelle motivazioni delle sentenze, non faccia quasi mai riferimento al testo delle norme della CEDU, ma all'interpretazione che ad esse è stata data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹⁶³ La soluzione spagnola rappresenta dunque un buon temperamento delle esigenze – opposte, ma non inconciliabili – di valorizzare la tutela internazionale dei diritti e di garantire la preminenza della Costituzione nel sistema delle fonti. Ovviamente, anche in questo caso le difficoltà di coordinamento tra il Tribunale costituzionale e la Corte di Strasburgo sussistono: il rischio di pronunce discordanti da parte dei due organi giurisdizionali è in un certo senso insito nel sistema di integrazione del diritto interno con quello internazionale che si impernia sulla CEDU. Tuttavia, è da sottolineare come il modello spagnolo – in cui i giudici del *Tribunal Constitucional* non interpretano "autonomamente" le norme della Convenzione, ma solo alla luce della giurisprudenza di Strasburgo – presenti minori possibilità di "attrito" rispetto a quello austriaco, nel quale invece la Corte costituzionale interpreta le disposizioni della CEDU come diritto nazionale (e dunque in autonomia rispetto alla Corte europea).

¹⁶⁴ L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit., p. 107, nt. 134.

implicando un'assunzione per così dire "collettiva" di responsabilità¹⁶⁵.

Lo *Human Rights Act*, approvato nel novembre del 1998 ed entrato in vigore nell'ottobre del 2000, persegue lo scopo di garantire maggiore effettività nell'ordinamento inglese ai diritti e alle libertà sancite dalla Convenzione europea. Secondo alcuni, esso avrebbe anche realizzato la piena incorporazione della CEDU nel diritto inglese: il fatto che lo *Human Rights Act* abbia individuato selettivamente alcuni dei diritti in essa contenuti e la particolare disciplina dei rapporti tra le fonti, però, inducono a dubitare che ciò sia realmente avvenuto¹⁶⁶.

In base allo *Human Rights Act*, ogni pubblica Autorità – compresi le corti e i tribunali di qualunque grado – è tenuta ad agire in conformità con i *Convention rights*, a meno che una norma di legge interna che non può essere "armonizzata" con la CEDU non imponga di fare altrimenti: in tal modo, i *Convention rights* sono sovraordinati alle regole ricavabili dalla *common law* o da un giudizio di equità, e alla maggior parte della (anche se non all'intera) *statutory legislation*¹⁶⁷.

La *Section 3*, in particolare, impone che la legislazione primaria e subordinata sia interpretata e applicata compatibilmente con i *Convention rights*, fino al punto in cui sia possibile farlo¹⁶⁸. E' da sottolineare come, in

¹⁶⁵ L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit., p. 288. Per le problematiche relative all'implementazione della CEDU nell'ordinamento inglese si rimanda a B. EMMERSON – A. ASHWORTH, *Human rights and criminal justice*, London, 2001, p. 115.

¹⁶⁶ La *Section 1* dell'*Act* elenca i diritti della Convenzione e dei Protocolli aggiuntivi che esso provvede a trasformare in diritto interno. Le eccezioni più significative sono gli artt. 1 e 13 CEDU, esclusi dalla lista perché – a detta del Governo – lo *Human Rights Act* di per sé rendeva effettive le garanzie da essi attribuite, riconoscendo a coloro che si trovano sotto la giurisdizione britannica i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione. In tal modo – è stato sottolineato – se si è proceduto ad un'incorporazione, questa è stata pur sempre un'incorporazione selettiva. Cfr. B. EMMERSON – A. ASHWORTH, *Human rights and criminal justice*, cit., p. 120. e L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit., p. 166.

¹⁶⁷ B. EMMERSON – A. ASHWORTH, *Human rights and criminal justice*, cit., p. 115.

¹⁶⁸ Viene, così, valorizzato il canone interpretativo dell'interpretazione conforme (comune anche alla Germania e ai Paesi Nordici), che la giurisprudenza inglese aveva già provveduto ad applicare prima dell'entrata in vigore dell'*Act*. Ciò vale, in base all'art. 4, per sia per le norme approvate precedentemente all'entrata in vigore dell'*Act*, sia per quelle emanate in un momento successivo: la disposizione ha l'effetto di escludere l'applicazione del criterio cronologico, e quindi – in ultima analisi – di ridurre la tutela accordata ai *Convention Rights*. Anche per questo motivo, parlare di

base all'Act, anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo debba essere tenuta presente dai giudici britannici, anche se si esclude che viga – in questo caso – il principio dello *stare decisis*, che rende i precedenti giurisprudenziali vincolanti nel senso più rigido del termine¹⁶⁹.

Nel caso in cui il tentativo di armonizzazione non abbia buon esito, le *higher courts*¹⁷⁰ emettono una formale “*declaration of incompatibility*”, senza che la norma interna possa però essere disapplicata: la sua validità, operatività e applicabilità rimangono impregiudicate¹⁷¹.

L'applicazione giurisprudenziale mostra, comunque, come i casi di contrasto tra la normativa interna e quella di origine pattizia siano molto limitati¹⁷²: il tentativo di armonizzarle in via interpretativa ha infatti, quasi sempre, buon fine, anche se a volte questo accade perché le *high courts* interpretano restrittivamente le previsioni convenzionali, “appiattendole” su quelle del diritto interno.

“incorporazione” risulterebbe improprio.

¹⁶⁹ Le *high courts* del Regno Unito sembrano, peraltro, avere un approccio piuttosto cauto nei confronti delle sentenze della Corte europea, soprattutto data l’“espansione ad Est” del Consiglio d’Europa (cosa che comporta l’aumento dei giudici provenienti dai Paesi dell’Europa orientale, Paesi non certo noti – fino a pochi anni fa – per la tutela legislativa accordata ai diritti umani). Sul punto, cfr. C. MCCRUDDEN, *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, n. 4, 2000, p. 504.

¹⁷⁰ Si tratta della *House of Lords*, del *Privy Council*, della *Courts-Martial Appeal Court*, della *Court of Appeal* e della *High Court*, e – per la Scozia – della *High Court of Justiciary* e della *Court of Session*.

¹⁷¹ La *Section 4* dell’Act, che prevede appunto tale procedura, è centrale nel bilanciamento costituzionale tra la sovranità parlamentare e la protezione giudiziaria dei diritti umani: a seguito della “*declaration of incompatibility*”, la norma è portata all’attenzione del Parlamento, che è tenuto quindi ad adottare i necessari emendamenti della disciplina nazionale. Solo in situazioni eccezionali, il Ministro competente può adottare tali emendamenti attraverso lo strumento del “*remedial order*”: l’approvazione del Parlamento, che comunque non deve mancare, può essere preventiva o – in caso di speciale urgenza – successiva. La “*fast-track procedure*” appena delineata può, peraltro, essere seguita anche quando l’incompatibilità sia rilevata da un Ministro a seguito di una decisione della Corte di Strasburgo nei confronti della Gran Bretagna. Cfr. B. EMMERSON – A. ASHWORTH, *Human rights and criminal justice*, cit., p. 134, e L. MONTANARI, *I diritti dell’uomo nell’area europea*, cit., pp. 170 e 172.

¹⁷² L. MONTANARI, *I diritti dell’uomo nell’area europea*, cit., p. 292.

E) L'esperienza tedesca, infine, presenta forti assonanze con quella italiana¹⁷³: le norme che danno esecuzione alla CEDU si collocano, in entrambi i Paesi, a livello primario nella gerarchia delle fonti e, per scongiurare l'abrogazione della disciplina convenzionale ad opera di leggi successive meno garantiste, la dottrina tedesca – come quella italiana – si è fatta carico di individuare i possibili itinerari di qualificazione costituzionale della CEDU (utilizzando, tra l'altro, percorsi argomentativi molto simili)¹⁷⁴.

Tuttavia, è sul piano interpretativo che si individuano le maggiori differenze tra i due modelli: il giudice costituzionale tedesco – così come i giudici ordinari – si attiene infatti, rigorosamente, al principio dell'“interpretazione conforme”, in base al quale le norme interne vanno interpretate in modo tale che non contrastino con gli obblighi assunti dallo Stato sul piano internazionale, sul presupposto che gli organi nazionali non intendano contravvenire agli impegni assunti in tale ambito¹⁷⁵.

La tesi della definitiva rinuncia del legislatore a una legislazione contraddittoria con la CEDU (comune anche alla giurisprudenza inglese e a quella dei Paesi nordici) comporta che le garanzie offerte da quest'ultima valgano come parametri interpretativi vincolanti per i testi di legge dal significato ambiguo¹⁷⁶.

¹⁷³ I due Paesi vantano – in primo luogo – un testo costituzionale ampiamente garantista (anche in ragione del fatto che la compressione dei diritti e delle libertà ha tragicamente segnato la loro storia nella prima metà del Novecento). Entrambi, poi, si ispirano a una concezione dualista dei rapporti tra l'ordinamento internazionale e quello interno: la teoria dell'adattamento – o della trasformazione, nella versione tedesca – costituisce anzi una creazione originale della dottrina italiana e tedesca. Ancora, mentre il testo costituzionale prevede una forma di adattamento automatico per il diritto internazionale consuetudinario (che, quindi, si colloca a livello quantomeno super-legislativo), non stabilisce nulla per il diritto internazionale pattizio: sono necessarie, per questo motivo, procedure di adattamento speciale. Cfr. sul punto L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit., p. 292.

¹⁷⁴ Si è affermato, ad esempio, che la CEDU sancisce regole appartenenti al diritto internazionale generale, e si è ipotizzata un'interpretazione ampia dell'art. 1 co. 2 della Costituzione, che consacra i diritti inviolabili e inalienabili dell'uomo. Vedi, *amplius*, L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit., p. 129 ss.

¹⁷⁵ L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit., p. 134.

¹⁷⁶ E' quello che accade anche nel diritto inglese, per espressa previsione dello *Human Rights Act*.

La Corte costituzionale tedesca, inoltre, ha manifestato – di recente – la tendenza a invocare le norme della Convenzione quasi come *ratio decidendi*, interpretando l’articolo della Legge fondamentale che consacra il principio di uguaglianza come garanzia contro le discriminazioni arbitrarie (che possono derivare, infatti, anche dalla non applicazione o dell’applicazione arbitraria della CEDU stessa)¹⁷⁷.

Completata questa rapida panoramica, si può ora procedere a svolgere qualche considerazione (che tornerà utile, tra breve, a proposito dell’esperienza italiana).

I modelli che sembrano meglio garantire l’effettività della CEDU nell’ordinamento interno sono, indubbiamente, quello austriaco, quello spagnolo e quello inglese. Sulla base di tale considerazione, pare dunque possibile affermare che le tecniche idonee a risolvere il problema dell’integrazione di questo “peculiare” strumento internazionale siano fondamentalmente due:

a) quella di porre la Convenzione al vertice della gerarchia delle fonti, in una posizione pari-ordinata a quella della Costituzione;

b) quella di vincolare il giudice interno (anche costituzionale) ad utilizzare la CEDU – alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo – come un insieme di principi e canoni ermeneutici per l’interpretazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Costituzione¹⁷⁸.

Su un piano teorico, i due modelli sono egualmente validi.

L’esperienza austriaca evidenzia, però, un “problema di coordinamento” tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza di Strasburgo: come pare di dover rilevare, i rischi di impasse aumentano quando – come accade, appunto, in Austria – il giudice costituzionale nazionale si eleva, senza “filtri” di sorta, anche a giudice della disciplina convenzionale. Al contrario, quando le disposizioni della CEDU rilevano, nell’ordinamento interno, così come interpretate dalla Corte europea, i

¹⁷⁷ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., p. 32.

¹⁷⁸ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., p. 54.

rischi un contrasto frontale tra quest'ultima e i giudici costituzionali nazionali diminuiscono. Indispensabile è però – in entrambi i casi – la disponibilità al confronto e al dialogo tra gli organi (nazionali e non) preposti alla tutela dei diritti fondamentali: lo sviluppo di un “diritto comune delle libertà” in Europa non può che essere, infatti, il risultato di una reciproca “presa in considerazione” e di una continua ricerca di riscontri.

Ancora, il sistema del coordinamento interpretativo sposato dalla Spagna – e, in una certa misura, anche dalla Gran Bretagna – pare rivelarsi quello più idoneo ad assicurare un temperamento tra l'esigenza di salvaguardare la sovranità nazionale e quella di arricchire la tutela dei diritti fondamentali. Per questa ragione, è stato detto, è il modello che potrebbe forse essere più facilmente “esportato” ai Paesi – come la Germania e, soprattutto, l'Italia – che custodiscono più gelosamente la normativa interna al riparo dalle “contaminazioni” che potrebbero derivare dal diritto internazionale (ritenuto, quasi in ossequio a una “presunzione legale”, meno garantista).

Un ultimo rilievo riguarda, poi, l'atteggiamento della giurisprudenza. E' piuttosto immediato notare come i Paesi dove la CEDU gode di maggior effettività siano quelli in cui i giudici comuni dispongono di direttive certe quanto al suo utilizzo; al contrario, le situazioni in cui l'apporto potenzialmente innovativo della Convenzione viene svalutato (o, al limite, vanificato) coincidono con quelle in cui l'utilizzo della stessa è rimesso alla discrezionalità e alla sensibilità del singolo giudice, senza vincoli – di origine legislativa o giurisprudenziale – in tal senso.

E' come se a questi fosse assegnato in dotazione uno strumento utile per lo svolgimento del suo ruolo di interprete (la CEDU, appunto), ma senza le necessarie “istruzioni per l'uso”: egli se ne servirà effettivamente solo se il suo bagaglio culturale gli rende possibile elaborarle da solo. Fuor di metafora, in assenza di direttive precise da parte del legislatore o del giudice costituzionale, il rilievo accordato alla CEDU sul piano

interpretativo varia da giudice a giudice¹⁷⁹, in una prospettiva piuttosto sconcertante dal punto di vista della certezza del diritto: un valore talmente essenziale da dover essere, secondo più di una voce, perseguito ad ogni costo¹⁸⁰.

8. Dal piano espositivo al piano critico: la dissociazione tra il profilo formale e il profilo sostanziale della CEDU nell'ordinamento italiano.

Completato il quadro normativo, giurisprudenziale e dottrinale in cui si è svolta la vicenda dell'incorporazione della CEDU in Italia, e delineati (sia pur sinteticamente) i principali modelli di adattamento offerti dall'analisi comparatistica, è possibile ora – abbandonando il piano espositivo per passare a quello valutativo – svolgere alcune riflessioni critiche.

La soluzione che afferma la corrispondenza tra la forza (in termini di efficacia attiva e passiva) degli strumenti internazionali e quella dell'atto normativo che li ha trasposti in diritto interno¹⁸¹ si rivela – a un'analisi più attenta – del tutto inadeguata. Quello che si evidenzia, infatti, nel caso della CEDU (e più in generale di tutti i trattati internazionali sui diritti umani), è una dissociazione tra “l'involucro formale con cui essi si presentano – la legge ordinaria che impartisce l'ordine di esecuzione – e l'area sostanziale su cui incidono i significati in esso racchiusi – la sfera dei diritti fondamentali dell'uomo – che viceversa vanta natura incontestabilmente costituzionale”¹⁸².

Un primo rilievo riguarda l'opportunità in sé – senza considerare, per il momento, le conseguenze negative che ne derivano – della scelta di effettuare l'adattamento alla CEDU (nonché ad altri importanti accordi

¹⁷⁹ Le “variabili” in gioco sono molte: la propensione ideologica all'eterointegrazione normativa, la familiarità con le lingue straniere, la conoscenza del diritto di altri Stati, la disponibilità a prendere in considerazione altre fonti in aggiunta a quelle interne (cosa che, inevitabilmente, comporta un incremento di lavoro), la coscienza del proprio ruolo nello sviluppo del diritto umanitario, ecc.

¹⁸⁰ A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno*, cit., p. 65.

¹⁸¹ Vedi *supra*, par. 2.

¹⁸² G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 349.

internazionali, anch'essi disciplinanti materie costituzionali)¹⁸³ con legge ordinaria. La prassi mostra, purtroppo, come l'ordine di esecuzione dei trattati assuma nella quasi totalità dei casi questa veste, a prescindere dalla "materia" cui ciascuno di essi attiene: una più attenta politica legislativa imporrebbe, invece, di non usare un "contenitore buono per qualsiasi contenuto", ma di graduare gli strumenti attraverso i quali si realizza l'adeguamento¹⁸⁴.

A riprova di quanto si sta dicendo, è possibile osservare come talora il legislatore stesso abbia avvertito l'inadeguatezza dello strumento di adattamento utilizzato in prima battuta, intervenendo in un momento successivo con una nuova disciplina¹⁸⁵. Nella maggior parte dei casi, tuttavia – e la CEDU costituisce uno di quelli più vistosi – ciò non è accaduto: la potenziale carica di effettività e di innovazione insita in molti accordi internazionali è stata dunque, in massima parte, vanificata dal loro appiattimento sulla posizione gerarchica della fonte con cui si è proceduto a trasformarle in diritto statale.

Bisogna, ciò nondimeno, dare atto di come parte della dottrina abbia categoricamente negato che la scarsa influenza delle disposizioni della Convenzione europea nell'ordinamento italiano dipenda dalla sua collocazione a livello primario nella gerarchia delle fonti¹⁸⁶. Essa sarebbe, invece, ricollegabile alla "tecnica di scrittura" utilizzata dai suoi redattori,

¹⁸³ Solo per citarne alcuni, senza presunzione di completezza: Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966; Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, New York, 16 dicembre 1966; Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, New York, 21 dicembre 1965; Convenzione contro la tortura e gli altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti, New York, 10 dicembre 1984; Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, sulla tratta degli schiavi e di istituzioni e pratiche simili alla schiavitù, Ginevra, 7 settembre 1956.

¹⁸⁴ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., p. 121. Secondo l'Autore, se l'accordo incide su una materia costituzionale sarebbe pertanto necessaria una legge costituzionale, se tocca una materia regolata legislativamente sarebbe sufficiente una legge ordinaria, e così via.

¹⁸⁵ E' emblematica, a questo proposito, la sorte della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, sottoscritta a New York il 9 dicembre 1948: inizialmente ratificata e resa esecutiva con legge ordinaria (l. 11 marzo 1952, n. 153), è stata armonizzata con gli artt. 10 e 26 Cost. attraverso la l. cost. 21 giugno 1967, n. 1; poco dopo, la l. 9 ottobre 1967 n. 962 ha provveduto a introdurre nell'ordinamento una speciale legislazione penale sui delitti di genocidio.

che vede il ricorso a mere proclamazioni di diritti, a ciascuna delle quali fa da contraltare un'ampia clausola limitativa¹⁸⁷: le norme della CEDU verrebbero, pertanto, “assorbite dalle analoghe, ma più garantiste prescrizioni della nostra Costituzione”¹⁸⁸.

Prescindendo per il momento da quest'ultimo profilo, mi pare – al contrario – di dover concludere (anche alla luce dell'analisi comparatistica) che la collocazione a livello primario nella gerarchia delle fonti costituisca non l'unico, ma quantomeno il principale fattore di “depotenziamento” del diritto di Strasburgo nell'ordinamento interno¹⁸⁹: è innegabile che, se il legislatore avesse provveduto a ratificare e a dare esecuzione alla Convenzione europea con legge costituzionale (e non con legge ordinaria) l'influenza da essa esercitata sul diritto nazionale sarebbe stata maggiore.

E' stato, invero, sottolineato come, indipendentemente dalle previsioni formali, gli accordi internazionali sui diritti umani possano – per le loro particolari modalità di funzionamento – innescare una sorta di “circolo virtuoso” che assicura, al momento dell'applicazione, la loro prevalenza sulle norme interne contrastanti¹⁹⁰. Opererebbe, in questi casi, quel che è stato efficacemente definito “*international human-rights factor*”: una sorta di misterioso “strumento di razionalizzazione” in grado di porre la disciplina internazionalistica al riparo dalle “incursioni” del diritto interno nell'ambito dei diritti fondamentali, assicurando in tal modo a questi ultimi

¹⁸⁶ Vedi per tutti A. PACE, *La limitata incidenza della C.E.D.U. sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubbl.* 2001, p. 1 ss.

¹⁸⁷ A. PACE, *La limitata incidenza*, cit., p. 12.

¹⁸⁸ A. PACE, *La limitata incidenza*, cit., p. 11.

¹⁸⁹ Recuperando alcune considerazioni già fatte precedentemente e anticipandone altre che svilupperò meglio in seguito, posso tentare di stendere un elenco degli altri fattori che incidono “in negativo” sulla capacità di orientamento potenzialmente insita nel sistema CEDU:

- a) l'assenza di precisi obblighi normativi che vincolino il giudice interno a utilizzare la Convenzione e la giurisprudenza della Corte europea come canoni ermeneutici validi per interpretare il dettato costituzionale;
- b) la dissociazione tra vincolatività e giustiziabilità dei vincoli derivanti dal diritto di Strasburgo;
- c) la convinzione (assai diffusa in giurisprudenza) che la Costituzione del 1948 possa considerarsi – quanto a garanzie dei diritti fondamentali – “autosufficiente”;
- d) la mancanza di direttive giurisprudenziali certe quanto al rango della Convenzione e alla vincolatività della giurisprudenza di Strasburgo.

¹⁹⁰ L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit., p. 15.

– sul piano pratico – il grado più elevato di tutela che l’ordinamento nel suo complesso può fornire (anche in contrasto con le prese di posizione esplicite sulla gerarchia delle fonti)¹⁹¹.

Il rilievo può senz’altro ritenersi corretto: i riferimenti della Corte costituzionale alle “fonti atipiche” o alle formule sui diritti umani come strumenti che “si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione” non ne sono, forse, un esempio? D’altronde, poiché – come è stato detto – le norme sui diritti fondamentali contenute nelle Costituzioni e negli accordi internazionali sui diritti umani del secondo dopoguerra costituiscono “l’istituzionalizzazione di valori metalegislativi comuni”, è naturale che le disposizioni pattizie manifestino una più o meno accentuata “capacità di orientamento” nell’interpretazione delle “corrispondenti, ma non sempre coincidenti” norme della Costituzione¹⁹².

Assodato che una qualche influenza sul piano ermeneutico vi sia, resta tuttavia da chiedersi se l’attenzione ai valori veicolati dalla Convenzione europea (e dagli altri accordi internazionali sui diritti umani) sia effettiva o invece proclamata soltanto (o soprattutto) a parole.

Come si è visto, la Corte costituzionale e la Cassazione hanno spesso affermato la perfetta conformità al diritto di Strasburgo di norme o istituti del diritto interno per i quali si potevano, quantomeno, nutrire dubbi in proposito¹⁹³: l’ossequio alla CEDU (e alle altre Carte internazionali in materia di diritti fondamentali) è dunque, nel nostro “diritto vivente”, essenzialmente formale. E non potrebbe forse essere altrimenti, dato che l’efficacia di tali strumenti sotto il profilo interpretativo appare comunque:

- a) indiretta, poiché l’oggetto principale della valutazione del giudice è pur sempre costituito da norme interne (fungendo quelle di matrice internazionale solo da parametro sussidiario);

¹⁹¹ V. S. VERESHCHETIN, *New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law*, in *EJIL*, 1996, pp. 29 ss.

¹⁹² M. RUOTOLO, *La “funzione ermeneutica” delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Diritto e società*, 2000, p. 297.

¹⁹³ Vedi *supra*, par. 2 e 3 ss.

b) attenuata, perché – non essendoci alcuna norma che imponga all'interprete di avvalersene – questi può limitarsi a prenderle in considerazione solo quando (e solo per la parte in cui) esse supportino una determinata opzione interpretativa, secondo le esigenze del caso concreto¹⁹⁴.

Prima di passare ad analizzare quelli che potrebbero essere gli itinerari percorribili per “sopperire” ai limiti dell'attuale impostazione, è giusto chiedersi se una più pregnante integrazione della CEDU (e degli altri strumenti internazionali in tema di diritti umani) nel nostro ordinamento possa essere, in effetti, un risultato desiderabile. La risposta a questa domanda è condizionata a quella che si dà a un interrogativo ulteriore: possono gli accordi internazionali sui diritti fondamentali (e la CEDU *in primis*) introdurre garanzie più intense di quelle offerte dalla Costituzione e, in generale, dal diritto interno?

La maggior parte delle reticenze a riconoscere valore paracostituzionale alle disposizioni della CEDU deriva, appunto, dalla convinzione che l'ampio catalogo di diritti offerto dalla nostra Costituzione non necessiti di alcuna integrazione da parte di strumenti sovranazionali. A maggior ragione, poi, nessun contributo significativo potrebbe essere fornito da un accordo internazionale che – come la CEDU – si autoproclama teso ad assicurare uno standard minimo di garanzie.

Una prima riflessione impone di osservare come il dogma dell'autosufficienza del sistema costituzionale nazionale vacilli sempre più vistosamente sotto il peso delle numerose condanne della Corte di Strasburgo, che ci dovrebbero rendere – come ha detto qualcuno – “rossi di vergogna, anzi paonazzi”¹⁹⁵.

In seconda battuta, la non perfetta sovrapponibilità dei cataloghi dei diritti della Costituzione e della Convenzione europea (corredata dai Protocolli addizionali) è un dato da cui non pare possibile prescindere,

¹⁹⁴ Così S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., p. 8 ss.

¹⁹⁵ A. PIZZORUSSO, *Rossi di vergogna, anzi paonazzi*, in *Foro it.*, 1980, IV, c. 150.

anche limitandosi a una lettura per così dire “statica” dei due testi: in particolare, le disposizioni degli artt. 2 e 8 CEDU consacrano diritti che non sono contemplati nel testo della Costituzione (e che pure rivestono un’importanza primaria, dato che gli interpreti hanno avvertito l’esigenza di ricavarli implicitamente, con argomentazioni di tipo sistematico)¹⁹⁶.

Se si passa, poi, a un’analisi “dinamica” – che prenda in considerazione le acquisizioni derivanti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo – si nota come lo standard minimo delle garanzie convenzionali tenda, sempre di più, a massimizzarsi¹⁹⁷: attraverso la dottrina delle *positive obligations*¹⁹⁸, in particolare, la formulazione scarna di molte delle previsioni della CEDU è stata ampiamente valorizzata dai giudici della Corte europea, che sono approdati a soluzioni innovative e improntate all’effettività.

Soprattutto alla luce di quest’ultima osservazione bisogna, dunque, concludere che considerare la Convenzione europea come un semplice patto tra Stati (nell’ottica del diritto internazionale classico) sarebbe, senza

¹⁹⁶ Vedi *infra*, par. 11.

¹⁹⁷ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., p. 11.

¹⁹⁸ La protezione dei diritti individuali dalle violazioni da parte degli Stati contraenti costituisce, al contempo, l’oggetto e lo scopo principale della Convenzione. Se – in genere – l’obiettivo è raggiunto attraverso l’imposizione agli Stati di “obblighi negativi”, volti a impedire interferenze che turbino l’esercizio dei diritti stessi, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che, in certi casi, il principio di effettività richiede che siano posti a carico degli Stati dei veri e propri “obblighi positivi”.

E’ la natura stessa di alcuni diritti a far sì che la mera “astensione” da parte dei pubblici poteri non sia – in determinate circostanze – sufficiente: il rischio è che, prescindendo da un approccio di questo tipo, il catalogo di garanzie e tutele della CEDU resti, in larga parte, lettera morta.

Il fondamento degli obblighi positivi è individuato in parte nell’art. 1 CEDU (che impone agli Stati di riconoscere i diritti e le libertà definiti nel titolo I ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione), in parte nelle singole norme della Convenzione attributive di diritti e libertà. Il combinato disposto di tali disposizioni fa ricadere in capo agli Stati un’“obbligazione di risultato”: essi sono tenuti, pertanto, a porre in essere tutte le misure necessarie ad assicurare l’effettivo godimento dei diritti e delle libertà, modulando le tutele in funzione di tale obiettivo. Il diritto di Strasburgo non impone “dall’alto” le soluzioni più adeguate, ma – in una logica di sussidiarietà – lascia al legislatore nazionale la possibilità di scelta tra tutti i tipi di tutela che si mostrano ugualmente idonei a raggiungere lo scopo. Il controllo della Corte europea è un controllo *a posteriori*, che investe inoltre solo indirettamente la misura adottata dal legislatore (dal momento che l’oggetto del giudizio è – di volta in volta – un singolo caso concreto); se questa si rivela – alla prova dei fatti – inadeguata, lo Stato è tenuto a sostituirla con un’altra che assicuri l’effettiva protezione del diritto o della libertà in questione.

Vedi, sul punto, l’approfondita analisi di B. EMMERSON – A. ASHWORTH, *Human rights and criminal justice*, London, 2001, p. 77 ss.

dubbio, riduttivo¹⁹⁹: il sistema di controllo posto a protezione dei diritti e delle libertà che essa sancisce la rende un *unicum* nel panorama degli accordi internazionali in materia di diritti umani. Pare, al contrario, più rispondente alla realtà guardare ad essa come ad un documento in grado di creare – in maniera assai più incisiva – una fitta rete di obblighi reciproci, presidiati da un sistema di *enforcement* collettivo²⁰⁰: proprio per questa ragione, la CEDU potrebbe (ben più di altri strumenti internazionali di protezione dei diritti umani) esplicare nel nostro ordinamento un'importante funzione di stimolo verso la massimizzazione delle garanzie nell'ambito dei diritti fondamentali.

In ultima analisi, se le perplessità di quanti a livello nazionale (in Italia e non solo) sottolineano la natura “minimale” delle garanzie della Convenzione sembrerebbero – fermandosi al dato testuale – in molti casi fondate (e ciò ancor più alla luce della diversa formulazione delle corrispondenti disposizioni delle Costituzioni statali, che o non prevedono affatto restrizioni o comunque non contengono elenchi così estesi), l'analisi dell'aspetto “dinamico” quasi ribalta l'ipotesi di partenza: è infatti possibile notare come, da un lato, le Corti costituzionali nazionali ricorrano sempre più frequentemente alla nozione dei cd. “limiti impliciti” ai diritti di libertà, apponendo dunque agli stessi, in via interpretativa, restrizioni e condizioni di esercizio non previste dalla lettera della legge; dall'altro, come la Corte di Strasburgo abbia costantemente interpretato in modo restrittivo le norme che legittimano le “interferenze” da parte dei pubblici poteri, soprattutto in riferimento alla cd. “clausola di democrazia”²⁰¹ in essi contenuta²⁰².

¹⁹⁹ B. EMMERSON – A. ASHWORTH, *Human rights and criminal justice*, cit., p. 77.

²⁰⁰ B. EMMERSON – A. ASHWORTH, *Human rights and criminal justice*, cit., p. 78.

²⁰¹ E' la clausola contenuta negli artt. 8, 9, 10 e 11, in base alla quale le ingerenze nell'esercizio dei relativi diritti di libertà soltanto quando esse costituiscano “*mesures necessaries, in una società democratica*” per il perseguimento di una serie di finalità tassativamente elencate in ciascuna delle norme suddette.

²⁰² Per questo non sembra possibile convenire con A. PACE, *La limitata incidenza*, cit., p. 11, che nega categoricamente la possibilità che le disposizioni della CEDU (escluso l'art. 8, che non trova corrispondenze nella Carta costituzionale) introducano livelli di tutela superiori a quelli assicurati ai diritti di libertà nel nostro ordinamento.

A ciò si aggiunga che l'art. 53 CEDU²⁰³ – che consacra il principio di favore – delinea la fisionomia della Convenzione come quella di uno strumento che si ritrae “spontaneamente” tutte le volte in cui la normativa interna si mostri più idonea ad offrire ai diritti e alle libertà in essa sanciti protezione e difesa.

Nessuna delle disposizioni della CEDU può essere, dunque, interpretata in modo tale da accordare a questi ultimi una tutela minore di quella di cui godrebbero in ogni singolo ordinamento nazionale. Il rischio che ciò accada, in definitiva, è limitato alla possibilità che i giudici nazionali chiamati a utilizzare le norme della Convenzione contravvengano al principio di favore, adottando nel caso in esame la soluzione meno garantista (per esempio attraverso l'introduzione, nel sistema nazionale, di limitazioni da questo non previste)²⁰⁴.

²⁰³ Così recita la norma, rubricata “*Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti*”: “*Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti e alle libertà fondamentali che possano essere riconosciute in base a leggi di qualunque Stato contraente o da altri accordi internazionali di cui tale Stato sia parte*”.

²⁰⁴ Un esempio di come ciò possa, effettivamente, accadere è dato dalla già menzionata sentenza *F.* del 2003 della Corte di Cassazione (vedi *supra*, par. 3.4, nt. 78) La quarta sezione penale ha ricostruito il rapporto tra la disposizione codicistica e quella convenzionale contravvenendo in pieno al principio di favore, espresso dall'art. 53 CEDU: “Le disposizioni della Convenzione europea sui diritti dell'uomo sono cogenti nel territorio nazionale e, pertanto, devono trovare applicazione diretta ed immediata nel nostro ordinamento. Ne deriva che, *ai sensi dell'art. 2 comma 2 della Convenzione stessa, l'uso delle armi è legittimo anche nell'ipotesi di fuga dell'autore di un delitto per effettuare un arresto legale. Ai sensi dell'art. 53 c. p. l'uso delle armi è legittimo nei confronti di un soggetto in fuga, dovendo tener conto in questo caso delle modalità della fuga, sempre nell'ambito della proporzione e della necessità. Qualora si verifichi un evento più grave di quello voluto, ciò rientra nel rischio insito nell'uso delle armi da parte del pubblico ufficiale, e di conseguenza non può essere posto a carico del medesimo*”.

L'art. 2 par. 2 lett. b) CEDU è stato dunque usato dai giudici della Cassazione per delineare la causa di giustificazione dell'uso legittimo delle armi secondo contorni più ampi di quelli previsti dall'art. 53 c.p. (e dunque, in definitiva, abbassando – invece di alzarla – la soglia di tutela accordata dall'ordinamento ai beni della vita e dell'integrità fisica). Il pericolo insito in pronunce di questo tipo è evidente: se i giudici nazionali, nell'applicazione diretta delle disposizioni della Convenzione, non si attengono rigorosamente al principio di favore – applicando direttamente le norme della CEDU solo quando esse garantiscano i beni oggetto della protezione normativa meglio di quanto non facciano le disposizioni interne –, quello che si può innescare è una sorta di “effetto boomerang” dagli effetti negativi dirompenti. Ciò che sembra fondamentale, a questo scopo, è non perdere di vista l'oggetto della tutela, come sembra aver fatto appunto la Cassazione: invece di accertare quale norma offrisse ai beni della vita e dell'integrità fisica una protezione maggiore, essa ha, implicitamente, verificato quale – tra l'art. 53 c.p. e l'art. 2 par. 2 lett. b) CEDU – fosse la previsione più favorevole per l'imputato.

Alla luce di queste considerazioni, ci si interrogherà ora sulla possibilità di riconoscere alla Convenzione europea rango paracostituzionale in via interpretativa, seguendo gli itinerari elaborati, a tal scopo, in dottrina.

9. Il riconoscimento del rango paracostituzionale della CEDU: un'opzione ermeneutica lecita?

Prima di affrontare questo specifico punto, mi sembra necessario fornire una definizione stipulativa del termine “paracostituzionale”.

Utilizzerò quest'espressione nel suo significato etimologico, per indicare quelle fonti che – pur non confondendosi con la legge fondamentale – stanno comunque “accanto” alla Costituzione, esplicando (attraverso l'elevazione a parametri interposti nel giudizio di costituzionalità) una funzione di orientamento della normativa primaria che è sostanzialmente analoga a quella esercitata dalla Costituzione stessa.

Credo che il termine “paracostituzionale” sia da preferire al più impegnativo “costituzionale” per almeno due ragioni:

- a) in primo luogo perché, a livello linguistico, esso non suggerisce l'idea di una “commistione” tra la Costituzione e le altre fonti che concorrono a delineare lo standard di tutela dei diritti umani nel nostro ordinamento (che, a mio avviso, non farebbe che aggiungere motivi di confusione);
- b) in secondo luogo perché – nell'ipotesi di “copertura” che verrà delineata nei paragrafi successivi – le disposizioni della CEDU non verrebbero in rilievo nel giudizio di legittimità costituzionale per via di una loro supposta “forza intrinseca”, ma solo in ragione del ruolo di parametri interposti che ad esse deriverebbe, appunto, dalla copertura stessa.

Esaurita questa necessaria premessa, è ora possibile passare ad affrontare più da vicino i problemi sollevati poc'anzi.

Dal momento che, come si diceva, non ci si può ragionevolmente attendere un intervento del legislatore sul punto, l'unico attore istituzionale

che potrebbe ricomporre la sfasatura tra “forma” e “sostanza” – che, come si è visto, quasi vanifica gli apporti positivi derivanti dal sistema CEDU – è il giudice delle leggi: la strada obbligata per farlo sarebbe, ovviamente, quella di riconoscere alla Convenzione rango paracostituzionale.

Bisogna, tuttavia, ammettere che anche una soluzione meno drastica – quale potrebbe essere l’affermazione chiara che la CEDU è sottratta al principio della *lex posterior*, e pertanto non può essere abrogata da fonti di primo grado emanate successivamente – potrebbe condurre a risultati in qualche misura positivi. Uno dei fattori che più sembra nuocere alla compiuta integrazione della CEDU nel diritto italiano è, infatti, la profonda incertezza in cui versa – in merito alla posizione della Convenzione nel sistema delle fonti interne – la nostra giurisprudenza (a cominciare da quella costituzionale): ciò neutralizza, in modo pressoché completo, l’influenza che il diritto di Strasburgo sarebbe potenzialmente in grado di esplicare nel processo di interpretazione costituzionale, anche – al limite – se fosse affermato a chiare lettere, senza tentennamenti o contraddizioni, che essa ha valore di legge puramente ordinaria²⁰⁵.

Ciò nondimeno, mi pare siano ravvisabili molteplici ragioni per ritenere che la composizione della sfasatura tra “forma” e “sostanza” attraverso il riconoscimento del rango paracostituzionale della CEDU sia, di gran lunga, la soluzione più auspicabile (per quanto impegnativa).

Cercherò, di seguito, di esporle in maniera lineare.

A) Accostandosi alla giurisprudenza di merito e di legittimità in materia si ha la netta sensazione che non tutti i conti tornino, o addirittura che non ne torni quasi nessuno. Come si è detto, i “fronti aperti” sono ancora molti, e la sensazione è che la Corte di Cassazione fatichi ad individuare e ad imporre soluzioni lineari,

²⁰⁵ Anche in questo caso, infatti, la CEDU potrebbe svolgere un ruolo importante di integrazione del diritto interno: l’interpretazione dei diritti fondamentali alla luce della Convenzione ricalcherebbe il procedimento con cui si ricostruisce, per via sistematica, una disposizione della legge fondamentale sulla base di fonti di rango inferiore. Cfr. sul punto F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., p. 15.

coerenti e condivise: non è chiara la sorte delle disposizioni interne contrastanti con la Convenzione, né si evidenziano orientamenti univoci quanto alla forza obbligatoria e all'autorità di cosa giudicata interpretata delle sentenze rese a Strasburgo.

Dal momento che – alla luce del rinnovato attivismo della Corte europea e del numero spropositato di ricorsi individuali presentato ogni anno – i giudici nazionali si misurano sempre più frequentemente con queste problematiche (e, a maggior ragione, continueranno a farlo in futuro), preme che si giunga al più presto ad una “stabilizzazione” del quadro complessivo: lo imporrebbero, di per sé sole, esigenze di certezza che l'operatore del diritto non può, in alcun modo, non tenere adeguatamente in conto.

Se nemmeno la Corte di Cassazione è riuscita, finora, a svolgere compiutamente il ruolo di giudice di nomofilachia che pure le è proprio, si deve forse trarre la conclusione che – come già si è messo in rilievo – essa non è l'attore istituzionale più idoneo a occuparsi di tali questioni: ancora una volta, è la natura materialmente costituzionale della Convenzione a chiamare in causa, insistentemente, il giudice delle leggi.

La proclamazione del rango paracostituzionale della CEDU consentirebbe – come si esplicherà meglio ai punti successivi – di dare contestualmente risposta a tutti gli interrogativi che ancora non l'hanno avuta: uno degli indubbi vantaggi del “riposizionamento” della Convenzione europea nella gerarchia delle fonti sarebbe, pertanto, la quasi immediata stabilizzazione del “diritto vivente”.

B) L'esigenza di sviluppare una concezione comune dei diritti fondamentali a livello europeo – o, in altre parole, un “diritto comune delle libertà”²⁰⁶ in Europa – assume un rilievo sempre maggiore, soprattutto in considerazione del fatto che solo un approccio non circoscritto all'ambito nazionale (ma, al contrario,

²⁰⁶ A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno*, cit., p. 74. Vedi *infra*, par. 14.

quanto più possibile “globale”) consente di fornire ai diritti fondamentali una tutela effettiva: essi sfuggono infatti, per loro stessa natura, a qualsiasi tentativo di irrigidimento entro gli angusti confini del diritto interno.

Una chiusura o addirittura, come pare talvolta di vedere, un “arroccamento” su posizioni rigidamente nazionaliste è per questa ragione, prima ancora che inopportuno, anacronistico: le caratteristiche intrinseche del sistema-CEDU appaiono, infatti, inevitabilmente destinate a condurre ad una *uniformis interpretatio* dei diritti umani a livello europeo, in tempi più o meno rapidi. Poiché, allora, restare fuori da questo processo è impossibile, la partita si gioca sul modo in cui si può entrare a farne parte: da “spettatori” riluttanti o, piuttosto, da protagonisti attivi.

Alla luce di questa considerazione, è innegabile che l’apporto che la Corte costituzionale italiana potrebbe offrire alla costruzione di questo moderno “diritto comune” – apporto relevantissimo, in considerazione dell’antica tradizione liberale del nostro Paese – sarebbe incommensurabilmente maggiore se essa instaurasse, finalmente, un dialogo diretto con la Corte europea, utilizzando le disposizioni della Convenzione (arricchite dall’*acquis* di Strasburgo) come norme interposte nel giudizio di costituzionalità.

C) L’obiettivo europeo di far avanzare una *uniformis interpretatio* dei diritti fondamentali non può, d’altronde, non avere importanti ricadute sui singoli ordinamenti nazionali: anche una Costituzione garantista come quella italiana potrebbe essere ri-letta sotto le lenti di questo processo, che continuamente si completa e si rinnova.

A questo proposito, occorre tenere presente che – proprio alla luce della Costituzione – “il libero sviluppo della persona è un compito da realizzare e non solo un dato da rispettare”²⁰⁷: l’ossequio del mero

²⁰⁷ A. BARBERA, *Commento all’art. 2*, cit., p. 90.

elemento di diritto positivo – inevitabilmente ancorato alla dimensione storica che l’ha prodotto – comporta il grosso rischio di considerare come presupposto dell’ordinamento ciò che, invece, ne è il fine.

Paradossalmente, quindi, la mancata apertura agli arricchimenti che al testo costituzionale potrebbero derivare dal confronto con altri strumenti – anche di matrice sovranazionale – costituisce una violazione dello spirito stesso con cui la legge fondamentale è stata redatta.

D) L’accoglimento delle norme della CEDU (nella loro duplice valenza, statica e dinamica) tra le disposizioni che operano come parametro nel giudizio di costituzionalità consentirebbe alla Consulta di pronunciarsi sulla legittimità convenzionale (oltre che costituzionale) della normativa primaria, “alleggerendo” il carico di lavoro della Corte europea e improntando maggiormente il sistema alla logica della sussidiarietà.

E’ stato peraltro sottolineato, in dottrina, come un simile esito possa rivelarsi pericoloso, dal momento che la Corte costituzionale è indubbiamente più “sensibile al rispetto degli equilibri istituzionali”²⁰⁸ (o, in altre parole, meno “audace”) di quanto non sia invece la Corte di Strasburgo. Il rischio è, dunque, che all’approccio sostanzialistico della Corte europea la Consulta sostituisca, invece, un approccio meramente formalistico.

Il pericolo di una simile svalutazione delle garanzie convenzionali in ossequio alla “ragion di Stato” (e con esso, il rischio di successive smentite da parte della Corte europea, che certo non tarderebbero ad arrivare) si ridimensionerebbe notevolmente, tuttavia, se la Corte non interpretasse le disposizioni della Convenzione in piena autonomia – come fossero diritto interno – ma recepisce invece gli orientamenti maturati in seno alla giurisprudenza di Strasburgo: se sposasse, tanto per intenderci, non il modello austriaco ma quello spagnolo²⁰⁹.

²⁰⁸ A. GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU*, cit., p. 39 (e ulteriore dottrina *ivi* citata).

²⁰⁹ Vedi *supra*, par. 7.

E) Infine – ed è questa, a mio parere, la considerazione che risulta decisiva – solo la proclamazione della natura anche formalmente costituzionale della CEDU consentirebbe di “disinnescare” il meccanismo della disapplicazione delle norme interne contrastanti, che minaccia di diffondersi rapidamente tanto tra i giudici di merito quanto tra quelli di legittimità: l’ultima parola sulla conformità delle disposizioni nazionali al diritto di Strasburgo spetterebbe, in tal modo, alla Corte costituzionale e ad essa sola.

Quello della dichiarazione d’inconvenzionalità diverrebbe, pertanto, una sorta di “territorio proibito”, cui ai giudici ordinari non è consentito accedere.

L’esperienza francese mostra i profondi effetti negativi – in termini di delegittimazione dell’organo di legittimità costituzionale, di rischio di pronunce contrastanti e di “calpestamento” del valore della certezza del diritto – che la coesistenza di un sindacato di costituzionalità accentrato e di un sindacato di convenzionalità diffuso determina. Al contrario, è interessante notare come nel modello inglese – che è indubbiamente, insieme a quello spagnolo, il più “sostanzioso” – la norma interna contrastante con la CEDU mantenga la sua efficacia, non venendo affatto disapplicata: solo il Parlamento e il Governo potranno essere responsabili di una sua modificazione, non i giudici (che devono invece limitarsi a formalizzare la “*declaration of incompatibility*”)²¹⁰.

Alla luce del quadro complessivo che ho cercato di delineare, mi pare innegabile che un eventuale “ripensamento” delle proprie posizioni da parte della Corte costituzionale andrebbe senz’altro guardato con favore: questa è, per la Consulta, un’occasione preziosa per far pesare il proprio ruolo in tema di interpretazione dei diritti umani, che potrebbe venir sminuito in futuro.

²¹⁰ Vedi *supra*, par. 7.

Il “gioco di sponda” tra giudici comuni, Cassazione e Corte europea rischia, infatti, di estrometterla da questo – fondamentale e delicatissimo – ambito: e la prospettiva (davvero così remota?) di una Corte costituzionale che rimane muta su quella che dovrebbe essere, invece, la sua “materia d’elezione” mi sembra davvero da scongiurare.

10. Una panoramica degli itinerari percorribili per attribuire alla CEDU rango paracostituzionale.

Solo attraverso l’innalzamento al rango paracostituzionale la CEDU potrebbe, dunque, svolgere fino in fondo il ruolo di stimolo culturale all’ulteriore sviluppo delle garanzie in materia di diritti umani che le è proprio.

Com’è noto, la nostra Costituzione non contiene – a differenza di quella francese o di quella spagnola – una disposizione che esplicitamente richiami le Carte internazionali dei diritti, o che prenda posizione sul rango delle norme di diritto internazionale pattizio²¹¹. Ragionando entro i confini dello *ius conditum* (come pare indispensabile fare, dato che l’eventualità di una revisione della legge fondamentale sul punto è del tutto remota) l’operazione di qualificazione costituzionale della CEDU dovrà, pertanto, necessariamente trovare il suo baricentro in una delle disposizioni della Costituzione che, sulla base degli itinerari dottrinali ripercorsi in precedenza, potrebbero legittimarla²¹².

Tutto ciò comporta, inevitabilmente, una certa forzatura del dato testuale: poiché non ha senso “nascondersi dietro un dito”, è opportuno ammettere che – all’evidenza – i costituenti non avevano contemplato una simile eventualità, e che (da questo punto di vista) l’uso delle disposizioni costituzionali ora menzionate è, senz’altro, “improprio”. Tuttavia – come ho tentato di motivare nel paragrafo precedente – mi pare che una simile costruzione argomentativa, sia pure non ortodossa nei “mezzi”, si mostri invece perfettamente compatibile con lo spirito della nostra Costituzione

²¹¹ Vedi *supra*, par. 7.

²¹² Si tratta, ovviamente, degli artt. 2, 10, 11 e 117 Cost.

quanto al “fine” perseguito: è un’opzione che non solo non può ritenersi *contra legem*, ma che – al contrario – è incoraggiata (se non, addirittura, imposta) dalla legge fondamentale.

Un’ultima riflessione preliminare, che mi pare obbligata, è la seguente: la necessità di un ripensamento (meditato, ma quanto più possibile rapido) dei rapporti di forza tra diritto interno e diritto di Strasburgo mette in secondo piano l’itinerario eventualmente seguito per realizzare quest’“inversione di rotta”. E’ quanto mai opportuno che la Corte rompa finalmente gli indugi, decidendo di assumersi una responsabilità che, in definitiva, può essere solo sua (e non di altri attori istituzionali): se l’importante è centrare questo obiettivo, la scelta di ancorare il rango paracostituzionale della CEDU a una norma piuttosto che a un’altra assume, allora, rilievo minore.

Ciò non significa tuttavia, dal mio punto di vista, che essa non rivesta importanza alcuna: non mi pare che tutti gli itinerari di qualificazione costituzionale elaborati in dottrina siano egualmente persuasivi, né che – percorrendone uno invece di un altro – si approdi ai medesimi risultati (soprattutto in termini di ricadute “pratiche” sul sistema).

Per completare il percorso che si è qui inteso intraprendere mi pare necessario, allora, chiedersi quale – tra le disposizioni costituzionali che astrattamente autorizzerebbero il “riposizionamento” della CEDU nella gerarchia delle fonti – sia quella che consente di realizzare tale operazione nel modo più lineare e con i minori “effetti collaterali”. Mi soffermerò, a questo scopo, sugli itinerari elaborati in dottrina, richiamando a tal proposito – e se del caso approfondendo – considerazioni già esposte precedentemente:

- a) il primo comma dell’art. 10 Cost. non è, a mio avviso, una base sufficientemente solida per realizzare la qualificazione paracostituzionale della Convenzione europea: non solo perché la Corte costituzionale – tranne che in un caso, e per di più in modo

assai poco rituale²¹³ – ha sempre respinto senza mezzi termini questa ricostruzione, ma anche per il fatto che tale norma, nella sua formulazione letterale, non sembra prestarsi a conseguire l'obiettivo enunciato.

E' difficile pensare infatti – muovendo dalla funzione di clausola di adattamento automatico al diritto internazionale consuetudinario tradizionalmente attribuita all'art. 10 co. 1 Cost. – che le disposizioni della Convenzione (per la gran parte, norme “complesse”: si pensi al testo degli artt. 2, 5 e 6...) possano avere assunto valore di consuetudine. A ciò si aggiunga che le diffuse violazioni dei diritti sanciti dalla CEDU (spesso addirittura “sistemiche”, anche nei Paesi di specchiata tradizione liberale) fanno dubitare della sussistenza di uno degli elementi necessari per la formazione della consuetudine internazionale, ossia della “ripetizione costante e conforme di un determinato comportamento, considerato – a seconda dei casi – come doveroso, permesso o vietato dalla norma”²¹⁴.

Tra tutti gli itinerari percorribili, quello che passa per l'art. 10 co. 1 Cost. mi pare dunque, proprio per queste ragioni, il più debole e, al tempo stesso, quello meno rispettoso del dato testuale. Senza contare che, all'evidenza, esso richiederebbe alla Corte costituzionale un brusco e “antipatico” *revirement*;

- b) diversamente da quanto si è detto a proposito del primo comma, l'art. 10 co. 2 potrebbe invece autorizzare – sia pur, come si è visto, soltanto “chiamando in causa” l'art. 3 Cost. – la copertura costituzionale della CEDU, o meglio delle norme della stessa che apprestino ai diritti fondamentali garanzie più pregnanti di quelle offerte dall'ordinamento interno²¹⁵.

²¹³ Ci si riferisce alla nota sentenza n. 399 del 1998. Vedi *supra*, par. 2.

²¹⁴ Cfr. per tutti R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, in S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2003, p. 41.

²¹⁵ Vedi *supra*, par. 6.2.

Neppure questo itinerario, tuttavia, mi pare esente da limiti: e ciò per due diversi ordini di ragioni. In primo luogo perché – come si vedrà meglio nel paragrafo seguente – una più completa integrazione della Convenzione europea come “strumento vivente” nell’ordinamento interno non sarebbe auspicabile soltanto laddove il dato testuale mostri la netta “superiorità” delle garanzie convenzionali²¹⁶; in secondo luogo perché tale ipotesi di copertura si mostra piuttosto “rocambolesca” e – dal momento che, come si diceva, l’obiettivo della qualificazione formalmente costituzionale della CEDU si può raggiungere soltanto forzando il dato testuale – forse varrebbe la pena, forzatura per forzatura, di percorrere una strada più lineare;

- c) l’itinerario che passa per il primo comma dell’art. 117 Cost. ha indubbiamente dalla sua quello che, in un linguaggio del tutto “atecnico”, potrebbe essere definito “fattore novità”: se è vero che, spesso, le svolte giurisprudenziali sono precedute da modifiche del tessuto legislativo, e che proprio da queste traggono legittimazione, la norma è probabilmente quella che ha più *chances* di essere effettivamente utilizzata dalla Consulta²¹⁷.

L’impiego della disposizione in esame presenta, tuttavia, alcune difficoltà, in gran parte derivanti dalle numerose incognite che essa – a più di cinque anni dalla sua entrata in vigore – ancora porta con sé (e che richiederebbero senz’altro, anche a prescindere dal problema specifico dell’integrazione della CEDU, un intervento “chiarificatore” della Corte costituzionale).

Personalmente ritengo che tanto la formulazione, quanto la collocazione dell’art. 117 destino qualche perplessità in merito al

²¹⁶ Vedi *infra*, par. 11.

²¹⁷ Adottando il punto di vista opposto, si potrebbe invece affermare che le ipotesi di copertura che prendono le mosse dagli artt. 2, 10 e 11 Cost. scontano, rispetto a quello che si fonda sull’art. 117, il “peso degli anni”: perché – verrebbe spontaneo chiedersi, quantomeno ad un’analisi superficiale della questione – la Corte dovrebbe utilizzare, per affermare il rango paracostituzionale della CEDU, una norma che ha sempre avuto a disposizione ma che non ha mai “letto” in tal senso?

suo positivo utilizzo come norma di copertura della Convenzione: la disposizione (che, non lo si può dimenticare, trova posto in un titolo dedicato al riparto di competenze tra Stato ed enti territoriali) sembra più che altro dettare per il legislatore – e non (direttamente) per l'interprete – l'obbligo di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e internazionale.

E' vero che il giudice potrebbe comunque – “enfaticamente” l'esistenza dell'obbligo suddetto – applicare il canone dell'interpretazione conforme per risolvere i contrasti “apparenti” tra norme interne e norme di matrice convenzionale (arrestandosi solo laddove la lettera della legge non consenta di portare a buon fine il “tentativo di armonizzazione”). A rigor di logica, ciò nondimeno, la presunzione di conformità opererebbe esclusivamente per la legislazione successiva alla modifica costituzionale dell'art. 117 Cost., e cioè solo per le leggi adottate dall'ottobre 2001 in poi: dal momento che le norme interne che presentano profili di contrasto con la CEDU sono, in gran parte, anteriori a quella data, una simile ricostruzione (che, peraltro, appare anch'essa piuttosto “macchinosa”) si paleserebbe pertanto – nella maggior parte dei casi – del tutto inutile;

- d) piuttosto si potrebbe guardare all'altra disposizione costituzionale che prende in considerazione il diritto internazionale pattizio, ossia l'art. 11 Cost. Tale norma – a differenza dell'art. 117 co. 1 – di certo non prescrive obblighi valevoli per il solo legislatore, e si colloca all'interno del titolo I, che disciplina i principi fondamentali della Costituzione²¹⁸.

Non potrebbe certo essere di ostacolo al perseguimento di tale obiettivo la lettura “atrofizzata” – volta a limitare il suo ambito di operatività ai soli rapporti con il diritto comunitario – che in genere ne viene data: in primo luogo perché, come è stato puntualmente

²¹⁸ Vedi *supra*, par. 6.3 e 6.4.

evidenziato in dottrina, una simile interpretazione è del tutto arbitraria; in secondo luogo perché – alla luce delle recenti “ingerenze” della Corte europea – l’esigenza che vi siano effettive “limitazioni di sovranità” (che pure, secondo l’intento dei costituenti, non va intesa in senso restrittivo) appare soddisfatta in proporzioni ancora maggiori.

Tutti i suddetti itinerari argomentativi – eccezion fatta, a mio avviso, per quello basato sull’art. 10 co. 1 – centrerebbero, dunque, l’obiettivo: in maniera più lineare quello che si fonda sull’art. 11 Cost.; più contorta, invece, quelli che si richiamano agli artt. 10 co. 2 e 117 Cost.

Ritengo, ciò nondimeno, che la norma che meglio potrebbe giustificare la “copertura” costituzionale della CEDU e consentire di realizzarla, in concreto, nel modo più lineare sia l’art. 2 Cost.: nel paragrafo successivo provvederò ad esplicitare le ragioni che mi spingono a preferire questo itinerario a quelli ora esposti, e a delinearli nei suoi tratti fondamentali. Tenterò, poi, di prendere in esame le ricadute “pratiche” che deriverebbero da una simile impostazione, soprattutto per quel che riguarda i contrasti tra diritto interno e diritto di Strasburgo.

11. L’art. 2 Cost. come “chiave di volta” dell’operazione di copertura costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Come ho già anticipato, è mia precisa opinione che l’art. 2 Cost. sia la norma più idonea a fungere da baricentro dell’operazione di “copertura” costituzionale della CEDU. L’unico nodo problematico di questa ricostruzione potrebbe essere la correttezza dell’ipotesi di partenza, ossia la lettura dell’art. 2 Cost. come norma “aperta”: poiché, tuttavia, il “diritto vivente” l’ha ormai definitivamente fatta propria, eventuali obiezioni sul punto si mostrerebbero piuttosto sterili.

Militano a favore dell’utilizzo dell’art. 2 Cost. come “chiave di volta” dell’innalzamento della Convenzione europea al rango paracostituzionale

diversi argomenti, che attengono in parte alla “teoria”, in parte alla “pratica”. Procederò ad esporli per punti, avendo cura di tenere distinti i due piani:

a) solo l’art. 2 Cost. – nella funzione di norma “di apertura” che gli è propria – esplicita la ragione per cui l’innalzamento della CEDU al rango paracostituzionale è un’operazione necessaria, e che anzi, logicamente, la impone: la dissociazione tra il contenuto materialmente costituzionale della Convenzione e l’“involucro” formale con cui essa si presenta cozza frontalmente, infatti, con una disposizione che configura il libero sviluppo della persona come il fine cui l’ordinamento – nel suo insieme – deve costantemente tendere. Gli altri itinerari di qualificazione costituzionale della CEDU appaiono al contrario – sotto questo punto di vista – più tortuosi, e sembrano lasciare in ombra quello che invece è l’elemento essenziale del ragionamento: solo in ragione della materia (costituzionale, appunto) che essa disciplina è essenziale riconoscere alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo natura anche formalmente costituzionale;

b) l’utilizzo dell’art. 2 come norma di “copertura” della CEDU e – più in generale – degli accordi sui diritti umani, comporta la conseguenza di considerare questi ultimi come una categoria a sé stante, seppur ricompresa in quella dei trattati internazionali. Solo per questo tipo di disposizioni pattizie la scissione tra “forma” e “sostanza” giustifica la necessità di un *surplus* di efficacia: affermare che, proprio in forza del loro contenuto, essi hanno natura costituzionale significa – corrispondentemente – presupporre la forza primaria della generalità degli accordi internazionali, cosa che non accadrebbe, invece, se si usassero come norme di copertura gli artt. 10, 11²¹⁹ e 117 Cost. Di qui – si potrebbe

²¹⁹ Per l’art. 11 Cost. il discorso è parzialmente diverso, poiché anche questa norma permetterebbe di realizzare un’apertura non generalizzata a tutti gli accordi internazionali, ma “selettiva”. Il criterio di discriminare sarebbe, tuttavia, non quello della natura dei trattati, ma quello della presenza di effettive limitazioni di sovranità (criterio che, a proposito della Convenzione, potrebbe dirsi ampiamente soddisfatto). Dal momento che – come emerge dai lavori preparatori – tale espressione deve intendersi in senso ampio, il “filtro” dell’art. 11 Cost. si configurerebbe, comunque, come un filtro “a maglie larghe”. Vedi *supra*, par. 6.3.

affermare – l'idoneità dell'art. 2 a "dischiudere" l'ordinamento solo a quei valori giuridici esterni che, per loro natura, possono comunque confluire nel nucleo incompressibile dei "diritti inviolabili": se è vero che la norma è uno strumento di elasticizzazione del sistema, è anche vero che essa è, tuttavia, uno strumento di elasticizzazione "selettiva"²²⁰;

c) dal momento che la norma inquadra tutte le specifiche disposizioni che la legge fondamentale detta a tutela dei diritti umani, il confronto in vista dell'"armonizzazione" del diritto interno al diritto di Strasburgo non andrebbe effettuato tra ciascuno specifico diritto costituzionalmente garantito e la disposizione convenzionale "corrispondente", ma tra quest'ultima e il diritto integrato da tutti i possibili arricchimenti che gli derivano dal raccordo con l'art. 2 Cost.²²¹. L'azione congiunta di tale previsione e dell'art. 53 CEDU permetterebbe, dunque, il coordinamento tra ciascuna norma costituzionale e le disposizioni di origine convenzionale secondo il principio di favore, "fluidificando" il processo di integrazione;

d) infine, questa soluzione è anche quella che richiederebbe alla Consulta il minore sforzo argomentativo. Si tratterebbe infatti, essenzialmente, di esplicitare e liberare dalle ambiguità qualcosa che *in nuce* è già presente nella giurisprudenza costituzionale: la sentenza n. 10/1993 (se la si interpreta nel senso che la CEDU sia riconducibile a una fonte atipica sotto il profilo della materia) e, soprattutto, la sentenza n. 388/1999 (che accoglie la concezione dell'art. 2 Cost. come "norma aperta", che consente l'eterointegrazione di contenuti normativi) hanno, in un certo senso, già preparato la strada alla svolta che mi pare non sia azzardato attendersi, ora, dal giudice delle leggi. Senza contare che anche la Cassazione, nelle pronunce più "illuminate" (come la sentenza *Medrano* o la recentissima sentenza *Dorigo*), ha fatto ricorso proprio all'art. 2 Cost. per sostenere la qualificazione costituzionale della CEDU.

²²⁰ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., p. 369.

²²¹ A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno*, cit., p. 53.

Nessun brusco *revirement*, dunque: sarebbe questa, a tacer d'altro, la soluzione più "economica".

Come già si è detto, l'interpretazione dell'art. 2 Cost. come "norma aperta" dominante in dottrina e di fatto accolta dalla giurisprudenza consente di ritenere che la clausola generale sui "diritti inviolabili" possa operare senza difficoltà rispetto all'intero apparato di garanzie del "sistema CEDU". Utilizzando quest'espressione ampia intendo far riferimento non solo alle disposizioni della Convenzione, ma anche, da un lato, ai diritti fondamentali sanciti non direttamente dalla Convenzione ma dai Protocolli addizionali alla stessa e, dall'altro, agli arricchimenti del dato testuale derivanti dalla giurisprudenza di Strasburgo.

L'inclusione dei diritti sanciti dai Protocolli aggiuntivi mi pare d'obbligo, dal momento che essi costituiscono il "prolungamento ideale" del titolo I della Convenzione (che è, appunto, quello in cui vengono solennemente proclamati i diritti e le libertà fondamentali): basti pensare – per rendersene conto – al divieto della pena di morte sancito dall'art. 1 del Protocollo n. 6, che integra l'art. 2 CEDU potenziando la tutela del diritto alla vita, o alle garanzie procedurali in materia penale di cui al Protocollo n. 7, che completano quelle già apprestate dagli artt. 5 e 6 della Convenzione²²².

Ritengo, poi, che ad analoga conclusione si debba giungere anche rispetto al "diritto vivente" plasmato dalla Corte di Strasburgo, posto che – nella maggior parte dei casi – gli stimoli alla massimizzazione, nell'ordinamento interno, delle tutele in tema di diritti umani derivano proprio dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea²²³: guardare solo all'aspetto "statico", prescindendo invece da quello "dinamico", significherebbe ridimensionare sensibilmente l'impatto positivo

²²² Si è consapevoli che qualche difficoltà potrebbe, invece, riscontrarsi a proposito della riconduzione alla clausola dei "diritti inviolabili" dell'art. 1 Protocollo n. 1, che sancisce il diritto di proprietà. Vedi *infra*, par. 12.

²²³ L'esempio della Spagna mi pare, sotto questo profilo, eloquente. Vedi *supra*, par. 7 (e segnatamente nt. 162).

che una più compiuta integrazione della CEDU nel diritto interno potrebbe avere in termini di innalzamento del livello delle garanzie.

E' forse necessario aggiungere, su questo specifico punto, qualche ulteriore precisazione. Già si è evidenziata l'opportunità di tenere distinti i piani della "forza obbligatoria" e dell'"efficacia di cosa giudicata interpretata" delle sentenze della Corte di Strasburgo (o, in altre parole, degli effetti *inter partes* ed *erga omnes* delle stesse). Richiamando questa distinzione, bisogna ora chiedersi se i principi di diritto affermati nelle pronunce rese nei confronti di altri Stati possano (o meno) vincolare l'interprete nazionale e, se sì, a quali condizioni.

Nell'ottica della massimizzazione delle garanzie in tema di diritti umani, sarebbe – a mio avviso – piuttosto limitativo prendere in considerazione (per "riempire di significato" le disposizioni della Convenzione) soltanto le sentenze pronunciate contro l'Italia²²⁴: mi pare molto più sensato guardare, invece, alla giurisprudenza di Strasburgo nel suo complesso, riconoscendo valore vincolante alle pronunce che siano espressione di un orientamento consolidato in seno alla Corte e che non riguardino fattispecie giuridiche fortemente connotate da "peculiarità nazionali". Poiché le "somiglianze" fra i vari diritti europei sono indubbiamente più numerose delle "differenze", disconoscere l'efficacia di cosa giudicata interpretata delle pronunce in cui l'Italia non è parte significherebbe precludersi enormi opportunità di confronto costruttivo in nome di timori che, a ben vedere, risultano del tutto infondati: il principio di favore sancito dall'art. 53 CEDU impedirebbe infatti, ovviamente, di "giocare al ribasso", adottando soluzioni meno garantiste di quelle già fatte proprie dal diritto interno solo perché la Corte le ha autorizzate in relazione

²²⁴ La tesi "restrittiva" – che riconosce valore di "*authoritative precedent*" solo alle sentenze in cui l'Italia è parte – potrebbe invero trovare il suo fondamento nel timore che i giudici nazionali possano prendere a pretesto pronunce rese nei confronti di Stati che non vantano una specchiata tradizione democratica per abbassare (invece di innalzarlo) il livello delle garanzie in tema di diritti fondamentali.

a “democrazie fragili” o in ragione di esigenze particolari di questo o quello Stato²²⁵.

In definitiva, credo valga davvero la pena di guardare alla Convenzione europea come a uno “strumento vivente” che si completa e si rinnova nel tempo, valorizzandone (e non negandone) la dimensione “plastica”. E’ una prospettiva ambiziosa, certo, ma mi pare che in nessun altro campo come in quello dei diritti fondamentali sia necessario puntare in alto, evitando di cedere a preoccupazioni (spesso ingiustificate o, comunque, spinte all’eccesso) che, nella gran parte dei casi, celano esclusivamente la volontà di custodire integra la sovranità nazionale.

Rimangono, a questo punto, da esaminare le ricadute pratiche della qualificazione paracostituzionale della CEDU. Mi pare sia opportuno distinguere tra quelle che concernono la Costituzione (e le leggi costituzionali) e quelle che riguardano, invece, la normativa primaria.

A) La conseguenza più evidente della riqualificazione del rango della CEDU sarebbe l’ideale “innesto”, nel tessuto costituzionale, delle disposizioni convenzionali che disciplinano settori non espressamente contemplati dalla nostra Costituzione: le prime a venire in rilievo sono quelle dell’art. 2 sul diritto alla vita (integrato dall’art. 1 Protocollo n. 6, relativo all’abolizione della pena di morte) e dell’art. 8, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Ma l’elenco potrebbe forse essere più lungo: le norme degli artt. 3 e 4 CEDU, ad esempio, sanciscono due divieti (rispettivamente, della tortura e della schiavitù) che trovano nel testo costituzionale un riscontro solo indiretto, e che forse meriterebbero di essere affermati a chiare lettere.

Dal momento che, invece, nella maggior parte dei casi la nostra Carta costituzionale già contiene disposizioni che fanno da *pendant a*

²²⁵ A ben vedere, poi, il rischio che le disposizioni della Convenzione vengano utilizzate – del tutto impropriamente – dai giudici interni per abbassare il livello di tutela dei diritti umani c’è già: lo dimostra la più volte menzionata sentenza *F.* del 2003, nella quale la Cassazione penale sembra aver commesso, appunto, un errore di prospettiva. Vedi *supra*, nt. 78 e 204.

quelle di matrice convenzionale, le norme della CEDU (ovviamente corredate dalle acquisizioni stratificatesi nel “diritto vivente” di Strasburgo) avrebbero invece la funzione di integrare quelle della legge fondamentale “completandole nell’interpretazione”, e di assurgere al ruolo di *parametro interposto* nel giudizio di costituzionalità.

E’ quello che in parte già succede, dato che – come si è visto – la Corte si preoccupa spesso di vagliare la compatibilità della normativa primaria non solo con la norma costituzionale di volta in volta dedotta dal giudice *a quo*, ma anche con la corrispondente disposizione convenzionale: si tratterebbe però, da un lato, di assicurare a questa operazione una maggior trasparenza e di porla al riparo dalle contraddizioni cui invece, allo stato, si espone²²⁶; dall’altro, di perseguire con più convinzione l’obiettivo di massimizzazione delle tutele in tema di diritti fondamentali, valutando caso per caso se sia il diritto interno o quello di Strasburgo ad offrire le garanzie più elevate.

In altre parole, la Corte non potrebbe più “trarsi d’impaccio” affermando, apoditticamente, che questo o quel diritto è già contemplato nel testo costituzionale e pertanto non necessita di alcun surplus di tutela, giungendo spesso all’esito paradossale di appiattare le norme convenzionali su quelle interne anche quando queste ultime si mostrino meno garantiste: essa dovrebbe, invece, confrontare la singola disposizione costituzionale e la corrispondente norma CEDU (entrambe lette alla luce del “diritto vivente”) per verificare se sia la prima o la seconda a tutelare in modo più compiuto l’interesse o il valore che vi è sotteso²²⁷.

Questa valutazione andrebbe invero condotta caso per caso, in relazione allo specifico problema che viene in rilievo e non, una volta per tutte, sulla base di una comparazione “in astratto” delle due norme (che

²²⁶ Come è stato rilevato in dottrina, l’operazione non trova giustificazione alcuna, dal momento che la Corte muove dall’ipotesi del rango primario delle norme della Convenzione. Vedi *supra*, par. 2.

²²⁷ Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*

non potrebbe che essere arbitraria e autoreferenziale): se dunque, in relazione ad una determinata questione giuridica, fosse la disposizione di matrice convenzionale a garantire una protezione maggiore ad un determinato diritto, essa dovrebbe orientare l'interpretazione della corrispondente norma costituzionale, arricchendola di contenuti, nell'ottica della massimizzazione degli standard di tutela.

B) Quanto invece alle ricadute della nostra soluzione sulla normativa primaria, la soluzione "forte" qui proposta avrebbe, innanzitutto, la fondamentale conseguenza di vincolare tutti i giudici nazionali ad un'interpretazione conforme (non solo alla Costituzione ma anche) alla Convenzione: quelli derivanti dal diritto di Strasburgo non si configurerebbero più, pertanto, come obblighi "a geometria variabile", la cui osservanza è rimessa alla propensione all'eterointegrazione normativa sporadicamente manifestata da questo o quel giudicante, ma acquisirebbero finalmente una maggiore dignità, con ricadute importanti sul piano della certezza del diritto e dell'effettività delle garanzie in tema di diritti fondamentali.

In altre parole, i giudici di merito sarebbero realmente (e non più solo sulla carta) i primi tutori dei diritti sanciti dalla Convenzione, svolgendo fino in fondo il compito ritagliato su misura per loro nel sistema CEDU (e che la Corte europea, "sovraccarica" di lavoro, li esorta con insistenza crescente ad adempiere)²²⁸.

In presenza di un preciso obbligo di interpretazione conforme, il contributo dei giudici interni al processo di armonizzazione del diritto nazionale con le disposizioni della CEDU rivestirebbe un'importanza cruciale: attraverso la loro quotidiana attività interpretativa, essi impedirebbero infatti – nella stragrande maggioranza dei casi – l'"acutizzazione" dei conflitti. L'integrazione degli enunciati normativi (corredati dalle acquisizioni giurisprudenziali che, stratificatesi, hanno

²²⁸ Vedi *supra*, par. 5.

plasmato il “diritto vivente”) sarebbe, così, raggiunta attraverso il riconoscimento e la valorizzazione di affinità e complementarietà, mentre le differenze – pur esistenti – andrebbero viste non come un ostacolo, ma come stimolo all’incremento e al perfezionamento delle tutele. Già si è sottolineato, in precedenza, come l’art. 2 Cost. assegni al potere pubblico non solo il compito di garantire, ma anche quello di favorire lo sviluppo dei valori della persona²²⁹: un confronto reale (e non solo apparente) con il diritto di Strasburgo non potrebbe che rivelarsi, in questo senso, salutare e proficuo²³⁰.

Rimangono da prendere in considerazione le ipotesi “patologiche”, in cui il contrasto tra normativa primaria e CEDU non può essere risolto in via interpretativa dal giudice chiamato ad applicare la norma convenzionale: muovendo dalla premessa del rango paracostituzionale della Convenzione, questi sarebbe tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della norma primaria “in odore di in convenzionalità” per contrasto con l’art. 2 Cost. e – attraverso la clausola sui “diritti inviolabili” in esso contenuta – con la norma della CEDU che nel caso di specie si assumesse violata.

Non mi pare che una simile impostazione ponga particolari problemi, considerando che il parametro del giudizio di costituzionalità può ben essere costituito da disposizioni esterne alla Costituzione, purché dotate di “copertura” costituzionale²³¹. Al contrario, verrebbe in tal modo sbarrata la strada a qualsiasi tentativo di introdurre surrettiziamente nell’ordinamento un “sindacato diffuso di convenzionalità”, attraverso il ricorso al meccanismo della disapplicazione.

In definitiva, se la Corte costituzionale accettasse di prendere finalmente in carico la dimensione (anche) sovranazionale della tutela dei diritti umani essa ne vedrebbe non sminuito, ma – al contrario – potenziato il proprio ruolo: quella offerta dalle ordinanze di rimessione della Corte

²²⁹ Vedi *supra*, par. 6.1.

²³⁰ Vedi *infra*, par. 13.

²³¹ A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, p. 70.

d'Appello di Bologna e della prima sezione civile della Cassazione mi pare, come ho già detto, l'occasione propizia per riscrivere il capitolo dell'integrazione tra diritto interno e diritto di Strasburgo (prima che diventi troppo tardi per farlo).

La Consulta potrebbe, quindi, dichiarare costituzionalmente illegittime per contrasto con l'art. 2 Cost.²³² (e dunque "espungere" dall'ordinamento) le norme primarie irrispettose degli obblighi internazionali: si ricomporrebbe, in tal modo, la sfasatura tra vincolatività e giustiziabilità nel diritto interno degli obblighi promananti dal sistema CEDU che caratterizza, invece, il quadro attuale.

Rebus sic stantibus, infatti:

a) la vincolatività degli obblighi derivanti dal diritto di Strasburgo appare del tutto pacifica, dal momento che l'Italia – aderendo alla CEDU – si è impegnata a rispettare tutti i vincoli (positivi e negativi) che da essa derivano. Eventuali inadempienze costituiscono altrettante violazioni sul piano internazionale, e incorrono nei meccanismi sanzionatori che la Convenzione europea appresta a tutela dei diritti e delle libertà da essa affermati: nell'ottica del diritto internazionale, infatti, la CEDU si colloca a un livello superiore rispetto al diritto interno, e nessuno Stato può – secondo la giurisprudenza di Strasburgo – utilizzare la legge nazionale come pretesto per sottrarsi agli obblighi che da essa hanno origine²³³;

b) tutt'altra questione è, invece, quella della giustiziabilità nel diritto interno delle eventuali violazioni degli obblighi derivanti dal diritto di Strasburgo: le sanzioni che possono essere inflitte dagli organi del Consiglio d'Europa²³⁴ operano, infatti, esclusivamente sul piano

²³² Il discorso vale, ovviamente, anche per le altre disposizioni utilizzabili come "norme di copertura" della CEDU.

²³³ R. BERNHARDT, *The Convention and Domestic Law*, in R. ST. J. MACDONALD – F. MATSCHER – H. PETZOLD, *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht – Boston – London, 1993, p. 25.

²³⁴ Si riporta di seguito il testo inglese dell'art. 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa: "Any member of the Council of Europe which has seriously violated Article 3 may be suspended from its rights or representation and requested by the Committee of Ministers to withdraw under Article 7. If such member does not comply with this request, the Committee may decide that it has ceased to be a member of the Council as from such date as the Committee may determine".

internazionale. Eccezion fatta per il rimedio introdotto dalla cd. “legge Pinto” per le ipotesi di violazione del principio della durata ragionevole del processo, manca qualsiasi “reazione obbligata” dell’ordinamento interno alle infrazioni dei vincoli di matrice convenzionale: ciò significa che, se una reazione vi è (ad esempio, quando la Corte di Cassazione muta un orientamento che è stato stigmatizzato a Strasburgo) essa è, comunque, frutto di pressioni “extragiuridiche”.

Se invece – come nell’ipotesi qui profilata – i giudici nazionali potessero denunciare le antinomie della normativa interna con i vincoli derivanti dal sistema CEDU, provocando in tal modo l’intervento della Corte costituzionale, la situazione cambierebbe completamente: le violazioni del diritto di Strasburgo diventerebbero perfettamente giustiziabili anche sul piano del diritto interno (e non più solo su quello del diritto internazionale), ricomponendosi così armonicamente l’attuale iato tra vincolatività e giustiziabilità delle norme afferenti al sistema CEDU.

Una più compiuta integrazione del “sistema CEDU” nell’ordinamento italiano sarebbe, in definitiva, il frutto dell’armoniosa sinergia fra giudici di merito e di legittimità, da un lato, e Corte costituzionale, dall’altro: la decisione di prendere finalmente sul serio i vincoli promananti dal diritto di Strasburgo imprimerebbe – a mio avviso – una svolta di fondamentale importanza alla loro azione in materia di tutela dei diritti, mettendo innanzitutto in crisi l’approccio formalistico che troppo spesso la limita.

12. Punti di criticità della tesi esposta e possibili soluzioni.

I profili problematici della tesi che ora esposta attengono tanto ai rapporti tra fonti quanto ai rapporti tra organi giurisdizionali chiamati ad interpretarle. Mi pare sia più proficuo distinguere i due piani, affrontando prima gli uni e poi gli altri.

L’art. 3, a sua volta, dispone che: *“Every member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively in the realization of the aim of the Council as specified in Chapter I”*.

A) Secondo una prima obiezione, che pure non è priva di pregio, “la surrettizia introduzione nel nostro ordinamento costituzionale di norme da esso non previste” contrasterebbe “con i fondamentali concettuali delle costituzioni ‘scritte’, secondo i quali solo la Costituzione stessa può prevedere, in via esplicita, le modalità dell’attenuazione della sua ‘naturale’ (originaria) assoluta rigidità”²³⁵. Se si ritiene, tuttavia, che il catalogo dei diritti inviolabili non sia chiuso, ma – al contrario – aperto, e pertanto insuscettibile di essere compilato aprioristicamente “una volta per tutte”, non mi pare possa essere ignorata l’esigenza (superiore?) di guardare anche al di là del testo costituzionale perché i “semi” in esso racchiusi possano mettere radici e portare frutto: l’utilizzo (forse fin troppo “disinvoltato”) dell’art. 2 come norma di apertura, che ha progressivamente trovato legittimazione in giurisprudenza, ne è probabilmente la migliore riprova.

Ancora, pare ingiustificato il timore che – per questa via – si possa giungere non ad un ampliamento, ma ad una limitazione dei diritti e delle libertà previsti dalla Costituzione²³⁶: alla luce dell’art. 53 CEDU²³⁷, la possibilità che i diritti di matrice convenzionale innalzati al rango paracostituzionale determinino la restrizione di diritti espressamente riconosciuti dalla Costituzione dovrebbe ritenersi insussistente (salvo che il giudice interno, contravvenendo al principio di favore, utilizzi impropriamente le norme della CEDU per limitare le garanzie invece di potenziarle: ma si tratta, ovviamente, di ipotesi patologiche).

Allo stesso modo, priva di fondamento risulta anche la preoccupazione che l’utilizzo delle norme della CEDU come parametro interpretativo della Costituzione si risolva in un’“apertura indefinita” del catalogo di diritti in essa contenuto (con tutte le incertezze che tale fenomeno comporta): l’art. 2 Cost. è, come già si è detto, norma di

²³⁵ A. PACE, *La limitata incidenza*, cit., p. 7.

²³⁶ A. PACE, *La limitata incidenza*, cit., p. 8.

²³⁷ Vedi *supra*, par. 8.

elasticizzazione selettiva, che opera un rinvio ai soli “diritti inviolabili” (e non, genericamente, a tutti i diritti).

Contro il pericolo, anch'esso paventato, di una “duplicazione” delle posizioni soggettive costituzionalmente protette si erge, ancora una volta, l'art. 53 della Convenzione: le disposizioni della CEDU rilevano, per l'ordinamento nazionale, solo nell'ipotesi in cui siano effettivamente in grado di apportare un contributo innovativo, di per se stesse (ad esempio, nei punti in cui la normativa interna è oscura o ambigua) o – come accade più frequentemente anche nei Paesi provvisti di un *bill of rights* “completo”, come la Spagna – così come interpretate dalla Corte di Strasburgo. L'apparato di garanzie provvisto dalla CEDU ha infatti – come già si è ribadito – carattere sussidiario: esso entra in funzione solo, ed esclusivamente, quando gli strumenti nazionali si mostrano incapaci di offrire ai diritti e alle libertà il massimo grado di tutela che l'ordinamento, nel suo complesso, può accordare (in una prospettiva di progressiva implementazione delle garanzie). Fin quando i meccanismi statali di protezione dei diritti sono allineati allo standard “massimo” (inteso, ovviamente, in senso relativo, perché un innalzamento delle tutele è sempre possibile), quelli che promanano dalla CEDU rimangono, dunque, inoperanti: essi vengono, per così dire, ad esistenza nel momento stesso in cui offrono al sistema un contributo creativo in materia di difesa dei diritti fondamentali.

Alla luce delle predette osservazioni, mi sembra di dover concludere che il timore di un difficile coordinamento tra testi normativi – Costituzione da un lato, CEDU dall'altro – non vada affatto esasperato: le difficoltà su cui parte della dottrina ha posto l'accento a proposito dell'integrazione della Convenzione europea nell'ordinamento interno sono, a ben vedere, le medesime che si possono riscontrare tutte le volte in cui più fonti, a

livelli diversi, concorrano a delineare uno standard normativo. Si tratta, in altre parole, di ipotesi fisiologiche che – nella maggior parte dei casi – non danno luogo a vere e proprie antinomie: come si è già sottolineato, l’attività interpretativa svolta quotidianamente dai giudici di merito gioca – sotto questo profilo – un ruolo chiave, “fluidificando” il processo di intergrazione.

B) Più problematici sono, invece, i rapporti tra organi giurisdizionali chiamati a delineare i tratti del sistema di protezione dei diritti umani, e – in particolare – i rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo.

In primo luogo, il fatto che il confronto tra normativa interna e normativa convenzionale debba avere ad oggetto non solo i testi (della Costituzione e delle leggi nazionali, da un lato, e della Convenzione, dall’altro), ma anche le interpretazioni che di essi hanno dato i rispettivi organi giurisdizionali²³⁸ induce a una considerazione: è inevitabile che la decisione sull’ampiezza e sui limiti dei diritti e delle libertà si tramuti in materia di interpretazione giurisprudenziale, con tutte le fluttuazioni e le incognite che ciò comporta²³⁹.

Anche l’individuazione della norma (nazionale o convenzionale) che, nel singolo caso concreto, assicura la protezione di maggiore intensità si rivela, in ultima analisi, il frutto di una scelta interpretativa dei giudici. Quando le garanzie apprestate operano nei confronti di un potere coercitivo (e, quindi, in una relazione di tipo verticale) ciò risulta peraltro relativamente più semplice, e la scelta ha carattere maggiormente “oggettivo”; quando, invece, esse riguardano relazioni orizzontali, di tipo negoziale, la soluzione può cambiare a seconda del punto di vista che si

²³⁸ Prescindendo dall’interpretazione, infatti, la Costituzione e la Convenzione europea non potrebbero certo essere “adeguate” alle esigenze di protezione dei diritti fondamentali che la società odierna manifesta, atrofizzandosi ciascuna in un *bill of rights* per molti aspetti “superato”, o comunque inadatto a svolgere la funzione che gli è propria.

²³⁹ Cfr. A. SANTOSUOSSO, *Integrità della persona, medicina e biologia: art. 3 della Carta di Nizza*, in *Danno e responsabilità*, n. 8-9, 2002, p. 809 ss. Il rilievo – effettuato dall’Autore a proposito dell’art. 53 della Carta di Nizza – sembra valido anche per la corrispondente disposizione della CEDU, dalla quale la prima deriva direttamente.

assume, mostrandosi quindi – per definizione, si potrebbe dire – opinabile²⁴⁰.

Soccorre, tuttavia, la realistica presa d'atto che il diritto è, in gran parte, frutto di scelte discrezionali: raramente i risultati ottenuti attraverso un determinato itinerario argomentativo sono verificabili anche partendo da premesse diverse. Ciò nondimeno, se pure non esistono soluzioni “esatte”, in genere prevalgono quelle che si mostrano più persuasive: si toccherà più ampiamente questo aspetto nell'ultimo paragrafo, essendo sufficiente – per ora – sottolineare come il processo di costruzione di un “diritto comune delle libertà” in Europa si realizzi, essenzialmente, attraverso l'estromissione delle soluzioni meno convincenti e la correlativa “esportazione” di quelle che risultano maggiormente condivisibili.

Più in generale, si potrebbe mettere in dubbio la possibilità stessa di un “coordinamento interpretativo” tra Corte Costituzionale e Corte europea, che operano seguendo ciascuna una propria gerarchia di valori e componendo le situazioni di conflitto mediante il ricorso a una precipua tecnica di bilanciamento: sarebbe difficile, allora, integrare il portato delle loro azioni interpretative, se non al prezzo di sovvertire la scala di valori dell'ordinamento nazionale (che, verosimilmente, sarebbe quello destinato a “soccombere”).

E' innegabile che difficoltà di questo tipo possano, in effetti, riscontrarsi: ne è un esempio la vicenda dell'occupazione appropriativa, che ha visto contrapposte le posizioni della Corte costituzionale e della Corte europea in merito ai contenuti e ai limiti del diritto di proprietà. Ma – richiamando la distinzione effettuata poc'anzi – il coordinamento interpretativo tra le due Corti potrebbe risultare ancora più difficoltoso quando venisse in rilievo non una relazione di tipo verticale, ma di tipo orizzontale (ad esempio, allorché si trattasse di bilanciare il diritto al rispetto della vita privata e la libertà di espressione, o di affrontare le delicatissime questioni giuridiche legate all'“inizio” e alla “fine” della vita).

²⁴⁰ A. SANTOSUOSSO, *Integrità della persona, medicina e biologia*, cit., p. 815.

Ragionando dal punto di vista del diritto interno, l'ultima parola spetterebbe – in questi casi – alla Corte costituzionale: essa potrebbe, dunque, decidere di non rinunciare ad imporre il risultato della propria azione di bilanciamento, rivendicando (del tutto legittimamente) il ruolo di interprete ultimo della Costituzione che l'ordinamento le assegna. Mi pare che una soluzione di questo tipo – che, lungi dal ricomporre il contrasto, lo farebbe invece esplodere in tutta la sua dimensione problematica – sarebbe accettabile (e forse, addirittura, auspicabile) soltanto quando la “posta in gioco” fosse davvero molto alta: francamente non ritengo che sia questo il caso dell'occupazione appropriativa e dello scontro tra “funzione sociale” e concezione liberale del diritto di proprietà ad essa sotteso (questione che, peraltro, è un esempio di relazione di tipo verticale, e non orizzontale)²⁴¹.

Al contrario, ritengo che – nella normalità dei casi – la strada da seguire sia quella dell'interpretazione conforme, ossia della ricerca nell'ordinamento nazionale di soluzioni condivise anche a Strasburgo. La dottrina del “margine di apprezzamento”²⁴² e la grande attenzione al dato comparatistico costituiscono due robusti argini all'“interventismo” della Corte europea, che tende a stigmatizzare istituti e prassi del diritto interno solo qualora rappresentino una “distonia” nel panorama europeo: quando la Corte interviene, dunque, è – in genere – perché la soluzione adottata a livello nazionale si mostra effettivamente poco convincente, caratterizzandosi come “anomalia” in un quadro europeo sostanzialmente omogeneo. Partendo da questo punto di vista, mi sembra che mettere in discussione le proprie posizioni, quando queste non siano molto persuasive, sia segno di lungimiranza e di onestà intellettuale, non di debolezza: sempre che – s'intende – l'obiettivo sia quello di massimizzare

²⁴¹ Vedi *infra*, par. 13.

²⁴² E' il margine di discrezionalità in merito alle modalità di tutela dei diritti lasciato alle Autorità nazionali, che si “espande” o si “restringe” in relazione alla natura del diritto, al tipo di attività, alle caratteristiche dell'interferenza e alla giustificazione addotta dallo Stato che vengono in rilievo nel singolo caso concreto. Cfr. sul punto B. EMMERSON – A. ASHWORTH, *Human rights and criminal justice*, cit., p. 100 ss.

gli standard di tutela dei diritti, e non di resistere “fino all’ultimo giapponese” per preservare integra la sovranità nazionale.

D’altra parte, la Corte europea ha dalla sua “strumenti di persuasione” che, pur non essendo propriamente giuridici, sono comunque estremamente efficaci: la possibilità concreta di subire condanne “in serie” – che comportano l’obbligo, per lo Stato, di corrispondere altrettante riparazioni pecuniarie alle vittime delle violazioni – e di incorrere in una pubblica “sconfessione” a Strasburgo non può non condizionare le Corti nazionali, anche al punto da imprimere un corso diverso al loro *iter* decisionale. Quella di prendere sempre più in considerazione la giurisprudenza della Corte europea è dunque, per certi versi, una scelta obbligata: se la Corte costituzionale vanta – dal punto di vista dell’ordinamento interno – il “diritto all’ultima parola”, le sue decisioni sono di fatto soggette al controllo della Corte di Strasburgo (che, pur non potendosi giuridicamente configurare come tale, somiglia sempre più a una “corte costituzionale europea”).

In definitiva – come ho già anticipato in precedenza – mi sembra che l’avanzamento verso un sistema di “tutela multilivello dei diritti”²⁴³ e il correlativo abbandono di impostazioni rigidamente dualiste (che quasi non trovano corrispondenza nella realtà) siano processi inarrestabili, dai quali non ci si può chiamare fuori. Quel che rileva è, allora, il modo in cui si sceglie di approcciarsi alle sfide che l’orizzonte (sempre più) europeo della tutela dei diritti pone: non credo che esasperare la dimensione problematica dell’integrazione – enfatizzando il rischio di “cortocircuiti giurisprudenziali” che, pur potendo verificarsi, rappresentano comunque l’eccezione e non la regola – sia l’atteggiamento migliore. Mi pare, al contrario, che il potenziamento della dimensione sovranazionale del sistema di tutela dei diritti vada guardato come un’opportunità per “perfezionare” l’apparato di garanzie – già molto “sofisticato” – che la nostra Costituzione delinea.

²⁴³ Cfr. per tutti P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, pubblicato sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it

13. Due casi pratici: un possibile “canovaccio” per la decisione delle questioni di costituzionalità pendenti davanti alla Corte.

Per “mettere alla prova” la tesi esposta nei paragrafi precedenti, sembra opportuno guardare più da vicino le due questioni di costituzionalità “pendenti” cui si è più volte fatto riferimento nel corso della trattazione.

Poiché, in entrambi i casi, l’art. 2 Cost. non figura tra i parametri invocati, si proverà a sostituirlo a quelli effettivamente indicati dai giudici a *quibus* per vedere se, anche sulla base di tale norma, la Corte costituzionale potrebbe agevolmente decidere in merito alla fondatezza o all’infondatezza della questione sottoposta al suo esame.

Si tratta di un’ipotesi di lavoro che – al momento dell’effettiva decisione da parte della Consulta – incontrerebbe, per la verità, un grosso ostacolo nella prima parte dell’art. 27 della legge n. 87/1953, che richiede che il giudice costituzionale si pronunci “*nei limiti dell’impugnazione*”: il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato vincolerebbe, dunque, anche la Corte costituzionale. La prassi, tuttavia, mostra come spesso il giudice delle leggi giudichi norme diverse da quelle indicate dal rimettente: sulla scorta di tale osservazione, è stato pertanto rilevato che la questione di legittimità costituzionale “non è ‘fissata’ esclusivamente dal solo giudice remittente, ma è invece sempre ‘codeterminata’ dal giudice a *quo* e dalla Corte ed a conti fatti, in varie circostanze, ‘riplasmata’ da quest’ultima”²⁴⁴. D’altro canto, la già esaminata sentenza n. 399 del 1998

²⁴⁴ A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit. p. 201. Gli Autori elencano, a titolo esemplificativo, le sentenze interpretative, l’“estensione” della questione di legittimità costituzionale all’intera legge (e non alle sole disposizioni denunciate), il corrispondente “restringimento” del giudizio solo ad alcune delle norme delle quali si chiedeva la verifica di legittimità costituzionale e infine la correzione di errori materiali compiuti dal rimettente nell’indicazione del parametro. Tratta, invece, in maniera esplicita il problema che qui si affronta M. SICLARI, sub *Corrispondenza tra chiesto e pronunciato* in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000, p. 111 ss. Secondo quanto afferma l’Autore, “un’ulteriore attenuazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato può ravvisarsi (...) nell’assunzione, a parametro del giudizio della Corte, non della norma costituzionale presuntivamente violata che era stata indicata dal giudice ‘a quo’, ma di una norma differente, deducendo che a quest’ultima si era fatto implicitamente riferimento nel ricorso o ordinanza”.

– in cui il giudice delle leggi ha corretto il parametro indicato nell’ordinanza di rimessione, sostituendolo con uno diverso – fornisce un esempio di come il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato non trovi, nel giudizio di legittimità costituzionale, un’applicazione rigida, ma – all’opposto – flessibile²⁴⁵.

E’ forse lecito ritenere, allora, che la sostituzione dei parametri indicati nelle ordinanze di rimessione con l’art. 2 – cui ora si procederà al solo scopo di saggiare la tenuta della tesi che si è esposta – possa anche non essere un’ipotesi puramente teorica.

Con l’ordinanza n. 337 del 22 marzo 2006, la Corte d’appello di Bologna ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 630 lett. a) c.p.p.²⁴⁶, nella parte in cui non prevede – tra i casi di revisione – quello per cui i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possano conciliarsi con una sentenza della Corte europea che abbia accertato la violazione del giusto processo.

Secondo l’argomentazione del giudice remittente, la disposizione del codice di rito – che, appunto, non contiene una siffatta ipotesi di revisione – si porrebbe in contrasto con tre diverse norme costituzionali:

a) innanzitutto con l’art. 3 Cost., poiché la lettera a) – che esclude la rilevanza, ai fini dell’ammissibilità della revisione, del contrasto tra i fatti stabiliti dalla sentenza (o dal decreto) penale di condanna e i fatti stabiliti in una sentenza della Corte europea – violerebbe il principio di

²⁴⁵ Vedi *supra*, par. 2.

²⁴⁶ Si riporta, di seguito, il testo dell’art. 630 c.p.p., rubricato “Casi di revisione”: “La revisione può essere richiesta:

- a) se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un’altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale;
- b) se la sentenza o il decreto penale di condanna hanno ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile, o amministrativo, successivamente revocata, che abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall’articolo 479;
- c) se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell’art. 631;
- d) si è dimostrato che la condanna venne pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato”.

ragionevolezza e di non ingiustificata discriminazione tra casi uguali e simili;

b) in secondo luogo, con l'art. 27 Cost., perché la duplice funzione (rieducativa e retributiva) della pena sarebbe messa in discussione qualora essa venisse inflitta in esito a un processo iniquo;

c) infine, con l'art. 10 Cost., che – secondo il giudice *a quo* – consentirebbe di immettere automaticamente nell'ordinamento (dotandole di rango paracostituzionale) le disposizioni della CEDU che hanno assunto carattere consuetudinario. Tra queste, particolare rilievo assumerebbero gli artt. 6 CEDU e 4 par. 2 Protocollo n. 7, che sanciscono, rispettivamente, la presunzione di innocenza e il principio per cui il divieto di *bis in idem* non impedisce la riapertura del processo “*se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale della procedura antecedente sono in grado d'inficiare la sentenza intervenuta*”: attraverso la “copertura” dell'art. 10 Cost., tali disposizioni di matrice convenzionale potrebbero, dunque, fungere da norme interposte nel giudizio di costituzionalità.

Ho già tentato di argomentare le mie perplessità in merito al positivo impiego della “clausola di adattamento automatico” rispetto alle norme della Convenzione: in ragione della loro specificità, mi sembra difficile credere – per quel che qui interessa – che gli artt. 6 CEDU e 4 par. 2 Protocollo n. 7 possano aver acquisito carattere consuetudinario. Al contrario – nell'ottica della “verifica” che si intende svolgere – mi pare che entrambi possano essere inquadrati all'interno della clausola dei diritti inviolabili *ex art. 2 Cost.*: ciò è senz'altro pacifico per la presunzione di innocenza di cui all'art. 6 CEDU (che trova, peraltro, puntuale riscontro in Costituzione), ma – a ben guardare – vale a maggior ragione per l'art. 4 par. 2 Protocollo n. 7, che non è altro che un ovvio corollario del principio del giusto processo. Diversamente dall'art. 10 co. 1, dunque, l'art. 2 Cost. potrebbe assicurare alle suddette disposizioni un'effettiva “copertura”, rendendole utilizzabili come parametro del giudizio.

Questo passaggio è cruciale, dal momento che non mi pare che le tre norme costituzionali invocate dal giudice *a quo* siano “autosufficienti” per la risoluzione della questione di costituzionalità: le uniche disposizioni effettivamente “conferenti” e idonee a fungere da parametro del giudizio sono, infatti, le due norme di matrice convenzionale, unitamente – forse – all’art. 5 CEDU, che subordina la legittimità della privazione della libertà personale alla “regolarità” della detenzione (requisito che, ovviamente, non sarebbe riscontrabile qualora la sentenza fosse resa al termine di un processo “iniquo”).

Ma come potrebbe decidere, in concreto, la Corte?

Auspiciando che la decisione attenga, effettivamente, al merito (e dunque non prendendo neppure in considerazione l’ipotesi di una sentenza di inammissibilità²⁴⁷), è opportuno partire dall’ovvio rilievo per cui, in questo caso, non sono praticabili le alternative del rigetto o dell’accoglimento “secco”: poiché la questione di legittimità costituzionale è “complessa”, e considerato che l’antinomia non può essere risolta – sul piano ermeneutico – con una sentenza interpretativa, l’unica strada percorribile resta quella delle decisioni manipolative²⁴⁸. In particolare, potrebbe venire in rilievo la sotto-categoria delle sentenze “additive”, con cui la Corte “evidenzia l’illegittimità della legge perché *manca* una norma, che viene invece concretamente indicata/creata dallo stesso giudice delle leggi”²⁴⁹. Ancor più specificatamente, dato che la soluzione normativa del caso di specie non è “a rime obbligate” la sentenza non potrebbe che essere un’additiva “di principio” (ovvero una pronuncia con la quale la Consulta non introduce una vera e propria norma positiva, ma si limita ad “orientare” il futuro intervento del legislatore ponendo un principio che, al

²⁴⁷ Mi chiedo se non possa esservi spazio, invece, per un’ordinanza di restituzione degli atti al giudice *a quo* perché questi possa intervenire sui “punti deboli” dell’ordinanza di rimessione (inconferenza dei parametri invocati e genericità della questione sollevata), per poi proporre nuovamente la medesima questione...

²⁴⁸ Per una ricognizione chiara e completa delle diverse tipologie di pronunce della Corte costituzionale si rinvia ad A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 126 ss.

²⁴⁹ A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 139.

tempo stesso, consenta al giudice rimettente di risolvere – nei limiti del possibile – il caso concreto a lui sottoposto)²⁵⁰.

Il panorama eterogeneo offerto dal diritto comparato – in particolare, attraverso il confronto con le norme introdotte a questo proposito (più o meno di recente) in Germania, in Svizzera, in Lussemburgo, in Gran Bretagna e in Francia²⁵¹ – e, soprattutto, il principio di tassatività²⁵² espresso, in relazione ai casi di revisione, dall'art. 629 c.p.p. richiedono che venga lasciata al legislatore la possibilità di scegliere tra le diverse soluzioni in astratto ipotizzabili (e, quindi, che la Corte si astenga dal compiere essa stessa la scelta). Ciò nondimeno – dato che i progetti legislativi di modifica dell'art. 630 c.p.p. non hanno avuto, per il momento, esito positivo²⁵³ – un intervento della Consulta (sia pur nei limiti di un'“additiva di principio”) resta comunque necessario per porre fine alla condizione di “inadempimento permanente” in cui versa l'Italia, già più volte stigmatizzata dal Comitato dei Ministri²⁵⁴.

Ciò premesso, bisogna tuttavia riconoscere che la Corte costituzionale si trova ad affrontare un compito tutt'altro che semplice.

In primo luogo, tutti i casi di revisione previsti dal codice di rito hanno in comune – come è stato puntualmente sottolineato in dottrina – il requisito della “novità” (inteso nel senso che gli elementi adottati a sostegno della domanda – che possono anche preesistere alla sentenza o al decreto penale di condanna – devono comunque esser rimasti ignoti nel procedimento che con essi si è concluso)²⁵⁵: requisito che, a ben vedere, nel caso di specie manca.

In secondo luogo, l'art. 630 lett. a) – che è la disposizione effettivamente impugnata dai giudici bolognesi – concerne il cd. “conflitto

²⁵⁰ A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 143.

²⁵¹ A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea*, cit., p. 107 ss.

²⁵² Cfr. sul punto D. SIRACUSANO - A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2006, p. 567 ss.

²⁵³ A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea*, cit., p. 111.

²⁵⁴ Vedi *supra*, par. 1. e 3.2.

²⁵⁵ Cfr. sul punto D. SIRACUSANO - A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., p. 567.

teorico di giudicati”, che si evidenzia laddove “siano incompatibili le premesse storiche di decisioni su persone e fatti distinti o su fatti diversi riferiti all’identica persona”²⁵⁶: non pare che il contrasto tra i fatti posti a fondamento della sentenza (o del decreto penale) di condanna e una sentenza della Corte europea che abbia accertato la violazione del principio del giusto processo ex art. 6 CEDU possa configurarsi come tale, almeno *stricto sensu*. Forse sarebbe stato più pertinente – anche se non meno problematico – il riferimento alla lett. c) dell’art. 630 c.p.p., che riguarda la “sopravvenienza” di prove nuove o, comunque, non prese in considerazione dal giudice del procedimento che si è concluso con la sentenza o con il decreto penale passati in giudicato: il problema che si evidenziava nel caso *Dorigo* atteneva, infatti, al piano probatorio, più che all’accertamento dei “fatti” posti a fondamento della pronuncia di condanna.

Anche alla luce di queste considerazioni, mi pare che l’unica soluzione praticabile per la Corte sia quella di rendere una pronuncia “leggera”, che si limiti a enunciare un principio idoneo ad orientare la successiva azione del legislatore (quale potrebbe essere, ad esempio, l’affermazione – *sic et simpliciter* – che la sopravvenienza di una pronuncia della Corte europea che accerti la violazione dell’art. 6 CEDU impone, a livello nazionale, la “riapertura” del processo).

Sarà, invece, compito del Parlamento quello di definire le concrete modalità con cui procedere alla “riapertura” stessa: in particolare, il legislatore dovrà decidere se essa si renda necessaria per tutte le pronunce della Corte europea che abbiano riscontrato il mancato rispetto del principio del giusto processo, o solo per quelle che abbiano accertato una violazione grave dell’art. 6 CEDU, e se tale strumento vada applicato anche ai procedimenti civili e amministrativi, o invece soltanto a quelli penali²⁵⁷. Una presa di posizione della Consulta anche su questi specifici

²⁵⁶ D. SIRACUSANO - A. GALATI - G. TRANCHINA - E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., p. 568.

²⁵⁷ Cfr. A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea*, cit., p. 108 e 112.

problemi, viceversa, avrebbe come risultato quello di “esautorare” di fatto il potere legislativo in merito a tale questione: la strada del *self-restraint* appare, pertanto, la più rispettosa degli equilibri istituzionali.

Già si è detto, altresì, della questione di costituzionalità dell’art. 5-*bis*²⁵⁸ l. d.l. 11 luglio 1992, n. 333 (convertito in l. 8 agosto 1992, n. 359), sollevata dalla prima sezione civile della Cassazione con le ordinanze nn. 11887, 12810 e 22357 del 2006.

La norma detta il criterio di computo delle indennità per le aree edificabili, improntato – sulla scorta delle sentenze della Corte costituzionale nn. 5/1980 e 2/1983, che avevano imposto una differenziazione, quanto al compenso da corrispondere al privato, tra aree edificabili e non edificabili – al cd. sistema del “doppio binario”. Per le prime, tale criterio è appunto dato dalla semisomma di valore venale e decuplo del diritto dominicale, cui si sottrae – nei casi in cui non si proceda alla cessione volontaria – una somma pari al 40% del totale.

In ragione della difficile coniugabilità del criterio suddetto (la cui applicazione determina un indennizzo pari a circa il 32% del valore venale del bene) con il principio del “serio, sufficiente e congruo ristoro” cui la Corte costituzionale, fin dalla sentenze nn. 5 e 13 del 1980, ha sempre

²⁵⁸ In particolare, come risulta dall’ordinanza n. 11887, le censure dei giudici *a quibus* riguardano il comma 7-*bis*, introdotto nel corpo dell’art. 5-*bis* dall’art. 3, co. 65, l. 23 dicembre 1996, n. 662. Tale norma dispone che “*in caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano per la liquidazione del danno i criteri di determinazione dell’indennità di cui al comma 1 (quella di esproprio, n.d.r.), con esclusione della riduzione del quaranta per cento. In tal caso, l’importo del risarcimento è altresì aumentato del dieci per cento. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato*”. Come rileva F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 2425, con tale disposizione il legislatore “ha sfruttato le possibilità operative offertegli dalla sent. della Corte cost. n. 369/1996” (che aveva dichiarato illegittimo il co. 6 dell’art. 5-*bis*, introdotto dall’art. 1 co. 65 della legge n. 549/1995, nella parte in cui estendeva al risarcimento del danno da occupazione appropriativa i criteri di determinazione dell’indennità di esproprio stabiliti per le aree edificabili dall’art. 5-*bis* della legge n. 359/1992, consentendo però al legislatore di effettuare interventi di riduzione del risarcimento del danno derivante dall’occupazione appropriativa), ed ha “ritoccato l’art. 5-*bis*, comma 6, dichiarato incostituzionale, introducendo una norma quasi equivalente, con l’unica variazione dell’incremento (quantitativamente irrisorio) del dieci per cento dell’importo del risarcimento”.

subordinato la legittimità dell'espropriazione, i giudici di merito hanno, ripetutamente, tentato l'"assalto" all'art. 5-*bis*.

Ciò nondimeno, la Consulta – con le sentenze nn. 359/1992, 283/1993, 148/1999, 396/1999 e 24/2000 – ha dichiarato la legittimità costituzionale della disposizione in esame, sulla base delle argomentazioni seguenti²⁵⁹:

- a) perché l'indennizzo sia serio, non è necessario che esso sia commisurato al prezzo di mercato del bene abitato, purché il valore di scambio sia inserito nominalmente tra i fattori concorrenti alla complessiva determinazione dell'indennizzo;
- b) la norma è giustamente ispirata all'esigenza di perequazione tra soggetti espropriati e non espropriati (con l'eliminazione dell'ingiustificata coincidenza dell'entità dell'indennizzo dettata dalla precedente legge n. 549/1995) ;
- c) la congiuntura economica sfavorevole in cui la disposizione è stata emanata spinge "a conferire un diverso peso ai configgenti interessi in gioco", autorizzando – anche in ragione della temporaneità della disciplina²⁶⁰ – persino l'applicazione del nuovo e riduttivo regime risarcitorio ai giudizi pendenti.

Con le ordinanze del maggio e dell'ottobre 2006, la Corte di Cassazione ha tuttavia sferrato all'art. 5-*bis* un nuovo attacco, avvalendosi – a tale scopo – della giurisprudenza elaborata dalla Corte di Strasburgo a partire dalla sentenza *James c. Regno Unito* del febbraio 1986, fino ad arrivare alla sentenza *Scordino c. Italia* del maggio 2005. In quest'ultima pronuncia, in particolare, la Corte europea ha dichiarato incompatibile con l'art. 1 del 1° Protocollo l'istituto dell'occupazione appropriativa, anche alla luce del criterio di calcolo dell'indennizzo di cui all'art. 5-*bis*.

Forte del sostegno della Corte europea, la prima sezione civile ha dunque riproposto all'attenzione della Consulta la questione della

²⁵⁹ Per alcune considerazioni critiche, si rimanda a F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 2348 ss.

²⁶⁰ L'art. 5-*bis* è stato poi recepito dall'art. 37 del Testo Unico sull'espropriazione.

compatibilità dell'art. 5-*bis* con il dettato costituzionale, indicando come parametri gli artt. 111 e 117 Cost., nonché – in funzione di norme interposte – gli artt. 6 CEDU e 1 del 1° Protocollo:

- a) il primo comma dell'art. 117 è richiamato, nell'ordinanza, come norma di “copertura”, che legittima il riferimento alle due disposizioni di matrice convenzionale;
- b) l'art. 111, che – come afferma la Cassazione – *“negli ideali del giusto processo incarna la lealtà che alla parte in giudizio è dato attendersi dal sistema, senza che le vengano mutate le regole in corso”*, è invocato insieme all'art. 6 CEDU (dal quale, peraltro, trae la sua derivazione diretta): l'art. 5-*bis* contrasterebbe con entrambe le disposizioni, poiché l'applicazione retroattiva del criterio risarcitorio riduttivo in esso prevista determina, da un lato, un “mutamento delle regole in corsa”, dall'altro, un'indebita ingerenza del potere legislativo nella sfera del giudiziario (poiché il giudice è indotto a prendere, proprio in ragione dell'intervento legislativo, decisioni diverse da quelle alle quali la parte privata poteva legittimamente aspirare al momento di introduzione della lite);
- c) l'art. 1 del 1° Protocollo addizionale alla CEDU fonda, infine, l'ulteriore censura secondo cui l'art. 5-*bis*, per sopperire a mere esigenze di bilancio, ha introdotto un criterio di risarcimento per le espropriazioni non rituali che non contempera adeguatamente i contrapposti interessi (pubblici e privati) in gioco.

La Corte costituzionale è, dunque, posta di fronte alla seguente alternativa: dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, con ciò accettando il rischio di condanne “in serie” nei confronti del nostro Paese a Strasburgo, e – del tutto presumibilmente – una pubblica smentita da parte della Corte europea; oppure, procedere a una brusca “virata”, sottoponendo a revisione il proprio orientamento precedente.

Alla luce delle conclusioni esposte nei paragrafi precedenti, mi pare utile chiedersi – anche questa volta – cosa succederebbe se entrasse in gioco come norma di copertura, al posto degli artt. 111 e 117, l’art. 2 Cost.

Conviene, innanzitutto, affrontare di petto la questione più problematica: si può ritenere che il diritto di proprietà rientri tra i “*diritti inviolabili*” da esso richiamati?²⁶¹

L’opinione assolutamente dominante in dottrina è senz’altro quella negativa: in primo luogo perché l’art. 42 Cost. si colloca nel titolo dei rapporti economici, “dove nessuna situazione è assistita dall’attributo della inviolabilità”²⁶²; in secondo luogo, perché i lavori preparatori mostrano come i Costituenti intendessero discostarsi profondamente dalla tradizione ottocentesca delle dichiarazioni dei diritti (che dotava la proprietà “di garanzie formali più evidenti di quelle accordate alla libertà”²⁶³) e abbandonare la teoria giusnaturalistica, introducendo il limite della funzione sociale²⁶⁴. Solo alcune “avanguardie virtuose” – è stato detto – hanno invece sostenuto la tesi opposta, ad esempio argomentando sulla base delle “assonanze” riscontrabili tra le due norme (che parlano, entrambe, di “riconoscimento” e di “garanzia”)²⁶⁵.

Ora, anche a voler accogliere l’opinione secondo la quale i Costituenti avrebbero intenzionalmente negato al diritto di proprietà lo *status* di “diritto inviolabile” ex art. 2 Cost., bisogna tuttavia chiedersi se permangono, oggi, le ragioni di fondo che nel 1948 orientarono in tal senso la loro scelta.

L’analisi della giurisprudenza costituzionale sull’art. 42 Cost. è la prova più eloquente di come “si sia andato nel tempo inspessendo il contenuto *naturale* e sostanziale del diritto di proprietà”²⁶⁶. Pare, inoltre, di

²⁶¹ Per una puntuale analisi sul tema si rimanda a R. CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano? Ricadute in tema di danno morale (rectius non patrimoniale)*, in *Danno e responsabilità*, n. 3/2006, p. 237 ss.

²⁶² S. RODOTÀ, *Commento all’art. 42*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, p. 118.

²⁶³ S. RODOTÀ, *Commento all’art. 42*, cit., p. 118.

²⁶⁴ R. CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano?*, cit., p. 239.

²⁶⁵ P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 35.

²⁶⁶ R. CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano?*, cit., p. 240.

dover convenire con chi afferma che la funzionalizzazione “non incrina in alcun modo la natura intrinseca del diritto di proprietà che, laddove riconosciuto, merita una tutela piena ed effettiva in quanto inerente alla persona del titolare”²⁶⁷.

E' forse lecito, allora, accedere a un'interpretazione evolutiva della norma che tenga conto del progressivo sviluppo, in seno alle forze sociali, di una concezione maggiormente improntata al modello liberista. Peraltro, è bene considerare che la protezione del diritto di proprietà è spesso l'antecedente logico della protezione di altri diritti: primo fra tutti, quello al godimento della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 CEDU. Muovendo da questa osservazione, sembrerebbe allora più agevole recuperare il collegamento con l'art. 2 Cost., che è appunto la base per l'ipotesi di qualificazione costituzionale della Convenzione europea delineata nel presente lavoro.

Mi sembra opportuno aggiungere ancora qualche considerazione. Innanzitutto, ricondurre un diritto nell'alveo dei “*diritti inviolabili*” ex art. 2 Cost. non significa affatto affermare che non vi possano essere apposte limitazioni: tutti i diritti costituzionali (persino il diritto alla vita...) sono, per loro natura, soggetti al bilanciamento con gli altri diritti parimenti contenuti nella legge fondamentale. Proprio per questo motivo, tra l'art. 42 Cost. e l'art. 1 del 1° Protocollo CEDU non c'è una distanza incolumabile: entrambe le norme effettuano un contemperamento tra gli interessi pubblici e privati in contrasto. Ciò è ancor più vero se si guarda all'interpretazione che la Corte costituzionale ha dato dell'art. 42 Cost. a partire dalle sentenze nn. 5 e 13 del 1980 Cost.: interpretazione che segna – se non una sconfessione della linea emersa in seno all'Assemblea costituente – sicuramente un avanzamento verso posizioni maggiormente compatibili con una concezione liberista della proprietà.

E' vero che, nelle sentenze più recenti cui prima si è accennato, la Consulta ha parzialmente abbandonato questo orientamento, mostrandosi

²⁶⁷ R. CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano?*, cit., p. 240.

più sensibile alla “difesa delle esangui finanze pubbliche”²⁶⁸ che non alle richieste di tutela dei privati: tuttavia, la debolezza intrinseca delle argomentazioni utilizzate a tale scopo (che paiono accomunate dall’ossequio alla forma a scapito della sostanza) e la considerazione che – come è stato rilevato – “la subordinazione di un giudizio di legittimità costituzionale alle particolarità della situazione contingente” finisce per trasformare lo stesso “in una (inammissibile) valutazione di opportunità politico-economica”²⁶⁹, dovrebbero indurre a guardare con diffidenza a questo nuovo indirizzo, e a sperare che venga presto superato.

Pare, in definitiva, che l’utilizzo dell’art. 2 Cost. come norma di “copertura” della CEDU possa reggere anche a questo (più severo) banco di prova: dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 5-*bis* per contrasto con l’art. 2 Cost. e – in ragione della loro riconducibilità a quest’ultimo – con gli artt. 6 CEDU e 1 Protocollo n. 1, la Corte costituzionale potrebbe dunque (oltre a conformare i criteri risarcitori adottati nel nostro ordinamento agli standard imposti da Strasburgo) risolvere, una volta per tutte, l’annosa questione del rango della Convenzione (e i vari problemi ad essa connessi), evitando di percorrere la strada, ben più rischiosa, che passa attraverso l’art. 117 Cost.

Ancora una volta, il raffronto con la giurisprudenza di Strasburgo potrebbe rivelarsi fondamentale per il superamento di un’altra delle “vischiosità” presenti nel nostro ordinamento giuridico²⁷⁰.

In questo senso, mi piace pensare alla Corte europea dei diritti come al celebre “tafano” al quale Socrate si paragonava nel *Fedro*: “punzecchiando” le Corti nazionali, essa mette in crisi posizioni consolidate che pure “lasciano a desiderare” quanto a coerenza e a ragionevolezza, incoraggiando l’approdo a soluzioni più soddisfacenti (anche sulla base di un approccio “sostanzialistico”).

²⁶⁸ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 2353.

²⁶⁹ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 2353.

²⁷⁰ V. ONIDA, *La tutela dei diritti*, cit., p. 110.

14. La prospettiva di un diritto comune delle libertà in Europa.

Molte voci dottrinali (seppure in contesti e in occasioni differenti) hanno parlato – a proposito del sistema normativo che orbita intorno alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – di “diritto comune delle libertà” in Europa²⁷¹.

La possibilità stessa di sviluppare un paragone con lo *ius commune* dei secoli XII – XVIII è senza dubbio allettante, anche per coloro che (come chi scrive) hanno una conoscenza soltanto istituzionale di quell'esperienza, così sorprendente per proporzioni e caratteristiche²⁷². A ben vedere, però, l'accostamento non è del tutto estemporaneo: pur tenendo presenti le innumerevoli differenze che intercorrono tra l'antico “diritto comune” e il nuovo “diritto comune delle libertà” (frutto di epoche così lontane, non solo da un punto di vista temporale), è invero possibile evidenziare, fra le due esperienze, numerose affinità:

a) la dimensione sovranazionale: quella dei diritti umani è una materia che, per sua stessa natura, tende a scavalcare i (ristretti) confini statuali, sollecitando il confronto fra culture giuridiche differenti e traendo da esso stimoli per il perfezionamento delle tutele;

b) la funzione sussidiaria: così come accadeva per il diritto comune, anche il sistema imperniato sulla Convenzione europea deve integrarsi e coordinarsi con le altre fonti dell'ordinamento, e assolve al ruolo di diritto “suppletivo” rispetto a quello elaborato in ambito nazionale;

c) la natura di “diritto giurisprudenziale”: il dato testuale costituisce la piattaforma sulla quale la giurisprudenza ha costruito un vero e proprio edificio normativo, continuamente “ammodernato” in considerazione del

²⁷¹ L'espressione è stata utilizzata per la prima volta, in riferimento al sistema CEDU, da G. SPERDUTI, *Diritti umani*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, p. 815.

²⁷² Sembra opportuno riprendere la definizione di Adriano Cavanna, secondo il quale l'espressione “diritto comune” allude “a quel tipico modo di organizzare in “sistema” il diritto romano-canonico e le fonti normative con esso concorrenti il quale, sia pur con varietà di aspetti, ha costituito il fatto centrale (e appunto “comune”) nella esperienza giuridica dei paesi del continente europeo dagli inizi del secolo XII alla fine del XVIII”. Cfr., sul punto, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1982, p. 95.

progresso scientifico e tecnologico e dei mutamenti della coscienza sociale;

d) il continente europeo come luogo di origine e di sviluppo. L'Europa – che pure ha visto nascere tanto l'antico "diritto comune" quanto il moderno "diritto comune delle libertà" – non ha potuto, tuttavia, "contenere" interamente né l'una né l'altra esperienza: così come, a partire dal XVII secolo, i mercanti olandesi esportarono il diritto comune, insieme alle loro merci, nella Guyana, nell'isola di Ceylon e in Sudafrica²⁷³, oggi tra gli Stati contraenti della Convenzione europea figurano la Russia, l'Azerbaijan, l'Armenia e la Turchia.

Ma come, concretamente, il diritto comune delle libertà potrebbe venire ad esistenza?

Quello che si innescherebbe tra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e quella delle Corti costituzionali nazionali è – a ben vedere – un processo di "osmosi", destinato ad operare (almeno) in due direzioni:

- a) da un lato, i giudici costituzionali potrebbero guardare alla giurisprudenza della Corte europea per individuare le soluzioni più idonee a problemi non ancora affrontati (soprattutto, quando questi abbiano natura "globale", e non si prestino dunque ad essere risolti in modo efficace su scala nazionale);
- b) dall'altro, la Corte di Strasburgo potrebbe – come già fa, peraltro – ricercare negli ordinamenti nazionali le risposte più efficaci ai singoli problemi: in una sorta di *race to the top* – ovvero di "competizione" tra le Corti costituzionali nazionali – si realizzerebbe così la selezione delle soluzioni migliori, che potrebbero poi essere "esportate" anche ad altre realtà.

L'uso del condizionale è, per la verità, inappropriato, dal momento che i due fenomeni – opposti e complementari – cui ora si è accennato sono, a ben vedere, già in atto.

²⁷³ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., pp. 438 ss.

Come si è visto allargando gli orizzonti dell'analisi a quanto accade al di fuori dei confini nazionali, infatti, in Paesi come l'Austria o la Spagna (e, in misura minore, il Regno Unito), gli organi di vertice del sistema giurisdizionale prendono in seria considerazione le pronunce della Corte di Strasburgo, addirittura richiamandole espressamente nelle loro sentenze.

Le decisioni della Corte europea hanno, in quegli ordinamenti, valore di "*persuasive authority*"²⁷⁴ per i giudici costituzionali nazionali: sebbene non sorgano, per questi ultimi, veri e propri obblighi di attenersi ad esse nei giudizi sui casi simili (come accadrebbe se vigesse il principio rigido dello *stare decisis*, che opera nei sistemi di *common law*), le sentenze della Corte di Strasburgo sono comunque considerate materiale "rilevante" per la decisione, e ciò è tanto più vero quanto più persuasivo è l'*iter* argomentativo in esse seguito.

Per quanto riguarda il secondo punto, invece, l'analisi comparatistica è uno dei caposaldi dell'attività interpretativa della Corte europea. Sebbene ciò non sia – nella maggior parte dei casi – esplicitato nelle pronunce, i giudici di Strasburgo svolgono un attento esame della disciplina vigente in ciascuno dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, per verificare se vi sia o meno un'uniformità di soluzioni: quando la legislazione o la prassi giurisprudenziale di uno Stato – difformemente da quanto accade negli altri Paesi contraenti – mostra lacune nella tutela di un diritto garantito dalla CEDU, è più facile che venga riscontrata una violazione dello stesso. Questo processo è, indubbiamente, legato alla composizione stessa della Corte (nella quale siedono, come si sa, giudici provenienti da ciascuno Stato membro del Consiglio d'Europa): il dialogo e il confronto tra le esperienze giuridiche di provenienza è il solo modo in cui è possibile pervenire a soluzioni condivise (da tutti o, comunque, dalla maggioranza).

²⁷⁴ C. MCCRUDDEN, *A Common Law of Human Rights?*, cit., p. 502. Con il termine "*binding authority*", invece, l'Autore definisce l' "*authority*" che il giudice deve applicare e seguire.

Proprio per questo, come si diceva, l'avanzamento verso una *communis interpretatio* dei diritti umani è inarrestabile: man mano che le soluzioni meno convincenti sono “espunte” dal panorama europeo delle garanzie, questo diviene via via più omogeneo e – quel che più conta – maggiormente in grado di assicurare standard di tutela progressivamente più elevati.

Ma il fenomeno di “*cross-fertilization*” di cui si parla opera anche in un’ulteriore direzione: esso determina, infatti, lo sviluppo dei rapporti tra singole Corti costituzionali. Sebbene questo avvenga naturalmente, soprattutto tra Paesi uniti da una storia o da una cultura comune²⁷⁵, il senso di “*common alliance*” da cui deriva l’attitudine degli organi giurisdizionali a impostare un simile dialogo è più forte quando vi sia un programma politico esplicito di integrazione con caratteristiche istituzionali (come accade, appunto, in Europa)²⁷⁶.

Certo, questa prassi non presenta solo aspetti positivi, ma anche rischi.

In particolar modo, essa costituisce uno strumento utilizzabile (e utilizzato) dai giudici per supportare il proprio punto di vista in relazione ad un determinato problema: essi prenderanno in considerazione (“pubblicizzando” la fonte oppure no) soltanto quelle pronunce che si mostrano idonee a rafforzare la propria argomentazione, ignorando invece, volutamente, quelle che non lo sono (o che, addirittura, potrebbero essere utilizzate per avallare soluzioni opposte). Questo fenomeno di “*cherry-picking*” potrebbe condurre, pertanto, ad un “*arbitrary decision-making*” piuttosto che ad un “*legitimate judging*”²⁷⁷.

Tuttavia, quella dei diritti umani è una materia che, per sua stessa natura, tende a inquadrarsi difficilmente entro i (ristretti) confini nazionali:

²⁷⁵ Si rimanda, in proposito, alle splendide pagine di A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003 (in particolare, pp. 567-596).

²⁷⁶ C. MCCRUDDEN, *A Common Law of Human Rights?*, cit., p. 523.

²⁷⁷ C. MCCRUDDEN, *A Common Law of Human Rights?*, cit., p. 507.

per quanto il processo di confronto e omogeneizzazione delle tutele presenti difficoltà e pericoli, esso non può, ad ogni modo, essere arrestato.

Come si è visto, proprio dal “dialogo” tra gli organismi giurisdizionali di protezione dei diritti umani potrebbe nascere un vero e proprio “diritto comune delle libertà” in Europa: la speranza è che anche la Corte costituzionale italiana possa, presto, unirsi ad esso.