



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2018 FASC. III

(ESTRATTO)

ROBERTO ROMBOLI

**LA INFLUENZA DELLA CEDU E DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI
NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO**

24 DICEMBRE 2018

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Roberto Romboli

La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano

SOMMARIO: 1. La Cedu nel sistema delle fonti dell'ordinamento italiano e l'assenza di relazioni tra la Corte costituzionale e la Corte Edu. – 2. La riforma costituzionale del 2001 e la introduzione del vincolo per lo Stato italiano di osservare gli obblighi internazionali (art. 117, comma 1, Cost.). Le storiche “sentenze gemelle” del 2007 della Corte costituzionale ed il riconoscimento alla Cedu della natura di parametro costituzionale attraverso la tecnica della norma interposta. – 3. I criteri di interpretazione della Cedu: la interpretazione evolutiva e in particolare la interpretazione conforme alla Cedu ed il suo rapporto con la interpretazione costituzionalmente conforme. Il predominio assiologico della Costituzione. – 4. Il significato e l'efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu: l'affermazione di un monopolio in capo alla Corte europea e le successive riduzioni della stessa attraverso i criteri della tutela più intensa, della necessaria valutazione sistemica, del criterio sostanziale e del margine di apprezzamento, della giurisprudenza consolidata. – 5. La disapplicazione della legge in contrasto con le disposizioni della Cedu e la proposizione della questione di legittimità costituzionale in via incidentale. Il controllo delle leggi anteriori all'entrata in vigore della Cedu. – 6. I più evidenti casi di conflitto tra la Corte costituzionale e la Corte Edu: a) il trattamento economico del personale Ata trasferito dagli enti locali allo stato; b) le “pensioni svizzere”; c) la confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva. – 7. L'efficacia e l'applicazione in Italia delle sentenze di condanna della Corte Edu. La sentenza Edu come fonte del diritto: i casi di restituzione degli atti per “*novum superveniens*”. Gli ostacoli processuali: il superamento del giudicato penale (il [caso Dorigo](#)) e l'analogo problema in materia civile ed amministrativa. – 8. Segue: gli ostacoli di carattere normativo, la presenza di una legge che ha determinato la violazione della Cedu o impeditiva del risultato richiesto dalla Corte Edu. Il diverso ruolo di giudici, Corte costituzionale e legislatore. L'esecuzione della sentenza nei confronti della parte vincitrice a Strasburgo e la diversa posizione dei soggetti che si trovano nella stessa situazione sostanziale. – 9. Un appunto per riflettere su alcune ipotesi future: a) la adesione della Unione europea alla Cedu; b) l'entrata in vigore della pregiudizialità convenzionale di cui al Protocollo XVI; c) le possibili riforme del sistema italiano di giustizia costituzionale per un più proficuo dialogo con le Corti europee: il ricorso individuale diretto ed il passaggio ad un sistema “duale”. – 10. Nota bibliografica.

1. La Cedu nel sistema delle fonti dell'ordinamento italiano e l'assenza di relazioni tra la Corte costituzionale e la Corte Edu.

La riflessione in Italia sul significato e l'efficacia della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (da adesso Cedu) e, conseguentemente, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (da adesso Corte Edu) si è fondata in un primo momento principalmente sulla collocazione della Cedu nel sistema delle fonti del diritto e su aspetti quindi essenzialmente di carattere formale.

La Convenzione è stata recepita in Italia con la l. 4 agosto 1955 n. 848, secondo il modello della ratifica ed esecuzione dei trattati internazionali, per cui non si è ritenuto di dover procedere ad una revisione della Costituzione, allo scopo di dare alla Cedu una copertura costituzionale¹.

Al contrario trova applicazione il principio consolidato secondo cui le disposizioni di un trattato assumono nell'ambito del sistema delle fonti la stessa collocazione propria dell'atto attraverso il quale essi sono introdotti nell'ordinamento statale. In conseguenza di ciò, e seguendo tale regola, ne deriva che le disposizioni della Convenzione hanno, nell'ordinamento italiano, la collocazione e la forza pari a quella della legge, con tutto ciò che ne consegue.

La situazione viene a porsi in termini parzialmente diversi (almeno da un punto di vista sostanziale)

¹ La l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, ha provveduto a modificare l'art. 111 Cost., inserendovi i principi del giusto processo, attraverso una formulazione la quale riprende, in certi punti anche letteralmente, il contenuto dell'art. 6 della Convenzione, mostrando così di non ritenere sufficiente la garanzia derivante dall'essere tali principi contenuti nell'atto convenzionale e quindi applicabili come tali in Italia.

allorché i trattati abbiano ad oggetto, come nel nostro caso, il riconoscimento di libertà fondamentali e di diritti umani.

In questa ipotesi appare infatti evidente come ci troviamo di fronte ad una netta dissociazione tra forma e sostanza ossia ad un atto formalmente avente forza di legge ordinaria (quindi modificabile o derogabile attraverso un atto di pari livello e privo della idoneità a porsi quale parametro nel giudizio di costituzionalità delle leggi), ma avente altresì un contenuto altrettanto sicuramente di natura costituzionale, in quanto concernente materia tipicamente costituzionale, come si desume dal semplice elenco dei diritti riconosciuti (diritto alla vita, alla libertà personale, alla sicurezza, alla libertà di pensiero, ad un giusto processo, divieto di tortura, di schiavitù ecc.).

Tutti (o quasi tutti) i diritti e le libertà previsti nella Cedu trovano infatti riconoscimento o strette analogie con espresse previsioni di livello costituzionale (tanto che, su questa base, è stata elaborata la teoria della supposta “inutilità” di un riferimento diretto alla normativa convenzionale).

La suddetta dissociazione produce alcuni inconvenienti, per il superamento dei quali ed allo scopo di conciliare il valore formale con quello contenutistico delle libertà sancite nella Cedu, sono state via via elaborate, in Italia, tutta una serie di ricostruzioni tendenti a fornire le disposizioni della Convenzione di una «copertura» costituzionale.

Tra le varie tesi sostenute allo scopo di individuare una «copertura» costituzionale alla Cedu, alcune fanno riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui riconosce e garantisce «i diritti inviolabili dell'uomo», il quale fornirebbe una copertura costituzionale ai trattati sui diritti umani, dal momento che i diritti ivi previsti dovrebbero farsi rientrare nella nozione di «diritti inviolabili» di cui all'art. 2 Cost.².

Secondo una diversa posizione, invece, la «copertura» costituzionale delle disposizioni della Cedu dovrebbe discendere dall'art. 10, comma 1, Cost., in base al quale l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. A giudizio di alcuni, infatti, tale disposizione dovrebbe servire da «convertitore automatico» non soltanto delle regole internazionali consuetudinarie, ma anche per quelle di origine pattizia.

Il riferimento alla medesima disposizione costituzionale è poi alla base anche di altra, più articolata, tesi secondo cui il trattato che ha introdotto la Cedu, dietro l'apparente natura pattizia, ha in realtà natura consuetudinaria, riferendosi ad un patrimonio di valori del tutto acquisito, inerente la protezione della dignità umana.

Altri ancora si richiamano invece all'art. 11 Cost., nella parte in cui consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, a limitazioni della propria sovranità, purché necessarie alla creazione di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni, il quale sarebbe perseguito appunto attraverso la Convenzione internazionale sui diritti umani. Il ragionamento, come può notarsi, è analogo a quello svolto al fine di fornire un «ombrello protettivo» di livello costituzionale all'ordinamento comunitario.

Infine altra tesi ha invece ritenuto possibile un rafforzamento della posizione assunta nell'ordinamento dalla Cedu attraverso la ricezione di quest'ultima nell'ambito del diritto comunitario, in modo da poter fare ricorso a tutti i principi e gli strumenti che hanno consentito l'affermazione del primato del diritto comunitario su quello interno.

In una decisione della Corte costituzionale, e più precisamente in un *obiter dictum* della stessa, era stata avanzata una ricostruzione dei rapporti tra legge ordinaria e trattato sulla Cedu tale da assegnare alla l. n. 848 del 1955 una posizione particolare e da differenziarla dalle altre leggi. In quella occasione la Corte, a proposito dell'art. 6 della Cedu, sostenne infatti che tale trattato, pur essendo stato introdotto nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione, non può ritenersi abrogato da successive disposizioni aventi forza di legge, «perché si

² Al di là della nota contrapposizione - più apparente che reale quanto a risultati concreti cui le diverse posizioni in realtà giungono - tra quanti vedono nella disposizione costituzionale summenzionata e nel richiamo ai diritti inviolabili una fattispecie aperta ai c.d. nuovi diritti oppure limitata ai diritti menzionati nei successivi articoli della Costituzione, non pare potersi escludere in questo caso la necessità di accertare se determinati diritti o libertà contenuti nella Convenzione possano essere sussunti nella nozione costituzionale di «diritti inviolabili».

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» ([sent. 10/1993](#)).

Questa affermazione, fortemente innovativa rispetto alla precedente giurisprudenza, non ha però avuto alcun seguito ed è quindi rimasta del tutto isolata.

In altra occasione - con riguardo ad una questione di costituzionalità sollevata da parte del giudice anche con riferimento all'art. 6 Cedu, la cui violazione avrebbe determinato, ad avviso dello stesso, una lesione dell'art. 11 della Costituzione - la Corte costituzionale ebbe a sostenere che, indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale, 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 della Costituzione, 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. Ciò che, appunto, accade per il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, garantito dall'art. 24 della Costituzione, che implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicuri l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia ([sent. 388/1999](#)).

La sopra ricordata dissociazione tra l'aspetto formale e quello contenutistico dei trattati sui diritti umani ha inevitabilmente influito sulla posizione assunta in proposito dalla giurisprudenza costituzionale, la quale, sul punto, non è apparsa del tutto lineare nel rapporto tra premesse ed esame concreto delle questioni di costituzionalità sollevate anche con riferimento a disposizioni della Cedu.

La Corte costituzionale, con giurisprudenza costante, e con l'eccezione della ricordata [sent. 10/1993](#), ha sempre sostenuto, con riguardo alla Cedu, che i trattati internazionali vengono ad assumere nell'ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione, per cui «quando l'esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, essi acquistano la forza ed il rango di legge ordinaria che può essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva» ([sent. 323/1989](#)), escludendo espressamente la possibilità di riconoscere alla stessa un rango costituzionale o comunque superiore rispetto alla legge ordinaria.

Anche successivamente ad un evento di straordinaria importanza per il sistema di tutela dei diritti riconosciuti nella Cedu, quale la introduzione del ricorso diretto del cittadino alla Corte di Strasburgo³, i riferimenti alla Convenzione nei giudizi davanti alla Corte costituzionale continuano ad essere decisamente rari e scarsa la loro incidenza nella risoluzione delle questioni di costituzionalità, fondate quasi esclusivamente sulla conformità degli atti legislativi ai parametri costituzionali.

Nonostante la Corte costituzionale abbia iniziato a funzionare nel 1956 e la Corte Edu tre anni dopo e che la prima abbia accolto una nozione "aperta" di "diritti inviolabili" riconosciuti dall'art. 2 Cost., le due Corti, come è stato osservato (Lamarque), si sono sostanzialmente vicendevolmente ignorate.

Il rapporto con la Cedu e la sua Corte è stato invece maggiormente instaurato da parte dei giudici ordinari, ed in particolare dalla suprema Corte di cassazione, i quali in varie occasioni hanno sollevato questioni di costituzionalità denunciando anche la supposta violazione di disposizioni della Cedu.

La Corte costituzionale ha, come detto, tenuto una posizione formalistica circa la collocazione della Convenzione nel sistema delle fonti, per cui i riferimenti alla Cedu nel giudizio costituzionale assumono al più un ruolo di "rafforzare" la denuncia del parametro costituzionale o di integrazione dello stesso a fini interpretativi ed allo scopo di suggerire una lettura ampia del dettato costituzionale.

Da altro lato, non potendo porre le norme convenzionali quali parametro di un giudizio di costituzionalità, nelle ipotesi di supposto contrasto delle leggi nazionali con la Cedu i giudici ordinari

³ Avvenuta con l'approvazione del protocollo 11, firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994 e ratificato in Italia con l. 28 agosto 1977 n. 296.

hanno proceduto in alcuni casi ad una seppur criticata disapplicazione delle leggi con applicazione diretta della Convenzione⁴.

2. La riforma costituzionale del 2001 e la introduzione del vincolo per lo Stato italiano di osservare gli obblighi internazionali (art. 117, comma 1, Cost.). Le storiche “sentenze gemelle” del 2007 della Corte costituzionale ed il riconoscimento alla Cedu della natura di parametro costituzionale attraverso la tecnica della norma interposta.

Nel 2001 si è realizzata in Italia la più ampia riforma costituzionale⁵ avente ad oggetto la materia dei rapporti di competenza tra lo stato e le regioni (titolo V della parte seconda della Costituzione).

La finalità della riforma era quella di rimodulare i rapporti tra lo stato e le regioni nel senso di aumentare il livello di autonomia di queste ultime e di perseguire una tendenzialità parità tra i due soggetti istituzionali.

Più in specifico, per quanto interessa il tema in oggetto, è stato modificato l’art. 117 Cost., introducendo al primo comma, una nuova disposizione, secondo la quale “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”.

Se la finalità più evidente della nuova previsione appare quella di fissare un principio di “parità delle armi” tra lo stato e le regioni, in realtà fin da subito non si è mancato di rilevare come l’aspetto più importante e più innovativo fosse invece la previsione relativa all’obbligo per lo stato (e per le regioni) di rispettare non solo gli obblighi derivanti dall’ordinamento comunitario – già fatti discendere dalla copertura costituzionale dell’art. 11 Cost. – quanto gli obblighi internazionali.

Nonostante la disposizione si riferisca genericamente e senza distinzioni a tutti i trattati internazionali, il pensiero di molti fu rivolto proprio al trattato di adesione alla Cedu ed agli obblighi che con esso lo stato italiano aveva assunto e per questo possiamo ritenere che una simile disposizione avrebbe trovato più idonea collocazione tra i principi generali e quale integrazione degli art. 10 e 11 Cost., più che nella parte relativa all’ordinamento delle regioni e degli enti locali.

Negli anni successivi alla suddetta riforma la Corte costituzionale pare ignorare la innovazione e le conseguenze derivabili dal nuovo testo dell’art. 117, comma 1, Cost. ed infatti, dopo già quattro anni dall’approvazione della stessa, il Giudice costituzionale in una occasione risponde seccamente che “l’art. 8 della Cedu non assume il valore di norma parametro” ([sent. 464/2005](#)).

La posizione assunta in proposito dalla giurisprudenza costituzionale era stata oggetto da tempo di rilievi critici da parte della dottrina, la quale in larga misura non aveva mancato di sottolineare come questa portasse inevitabilmente ad un atteggiamento di chiusura verso l’altra Corte, impedendo l’instaurarsi di un dialogo che sarebbe potuto essere assai proficuo per una migliore e più completa tutela dei diritti fondamentali, in larga parte omogenei, presenti nelle due Carte costituzionali.

La situazione italiana era stata definita “particolarmente dolente” in considerazione della collocazione della Cedu nel sistema delle fonti e del fatto che la giurisprudenza della Corte europea fosse largamente ignorata dalla Corte costituzionale, la quale mostrava una riluttanza, altrove inesistente, a ritenere che “la giurisprudenza derivante dall’interpretazione giudiziaria da parte del giudice competente orienti necessariamente l’interpretazione del testo normativo che ne è all’origine, da parte di tutti gli altri giudici” (V. Zagrebelsky).

La giurisprudenza della Corte costituzionale veniva indicata pure come una delle principali ragioni

⁴ Il riconoscimento al giudice nazionale della possibilità di rifarsi direttamente alla Convenzione e di darvi diretta applicazione assume all’evidenza una notevole importanza, sia per la tutela effettiva dei diritti, sia per la formazione culturale della magistratura e soprattutto per la penetrazione, all’interno dell’ordinamento statale, dei principi espressi nella Convenzione. In Italia i giudici ordinari, mentre in un primo momento si sono orientati a riconoscere valore programmatico alle disposizioni della Cedu, successivamente hanno invece affermato con decisione la natura di fonte della Cedu e la sua diretta applicabilità da parte del giudice.

⁵ Altre riforme, ben più ampie del testo costituzionale, sono state approvate dal parlamento a maggioranza assoluta nel 2005 e nel 2016, ma sono state “bocciate” dal voto popolare espresso attraverso referendum costituzionale.

che avevano indotto alcuni giudici comuni a procedere direttamente ad una disapplicazione delle leggi ed atti aventi forza di legge nazionali per contrasto con le disposizioni della Cedu e, da più parti, veniva indicata la valorizzazione del “nuovo” art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui afferma l’obbligo della legge di rispettare “gli obblighi internazionali”, come una delle possibili soluzioni⁶.

Dopo sei anni dalla approvazione della ricordata riforma costituzionale, la Corte costituzionale pronuncia due decisioni (definite e oramai unanimemente conosciute come le “sentenze gemelle”) con le quali introduce un fondamentale cambio alla propria giurisprudenza, aprendo così una fase del tutto nuova e ricchissima di prospettive per il ruolo della Cedu nei giudizi costituzionali e, conseguentemente, per le relazioni tra la Corte costituzionale e la Corte Edu⁷.

Le pronunce ([sentt. 348](#) e [349/2007](#)) possono davvero ritenersi di importanza storica per le vicende che seguiranno, per cui appare assolutamente necessario sintetizzare in cinque punti, le importanti affermazioni contenute nelle due ricordate sentenze.

Il primo è l’affermazione rivolta ai giudici ed alla ricordata tendenza di alcuni di essi a disapplicare le leggi ritenute in contrasto con la normativa Cedu. La Corte afferma di essere “chiamata a fare chiarezza su tale problematica normativa e istituzionale, avente rilevanti risvolti pratici nella prassi quotidiana degli operatori del diritto” e lo fa tenendo del tutto separati gli effetti nel nostro ordinamento del diritto comunitario da quello Cedu, per il quale viene confermata la giurisprudenza secondo cui non è possibile far riferimento all’art. 10, comma 1, Cost. per operare attraverso il meccanismo della norma interposta, riferendosi la disposizione costituzionale solo alle norme consuetudinarie e non a quelle pattizie, né, in maniera indiretta, all’art. 11 Cost. “per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni Cedu come principi generali del diritto comunitario”.

In base a ciò la Corte conclude che “il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma Cedu, poiché l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell’art. 117, comma 1, Cost., di esclusiva competenza del Giudice delle leggi”.

Il secondo riguarda la valorizzazione da parte della Corte – come finora non aveva fatto, pur avendone già avuto in varie occasioni l’opportunità – del “nuovo” art. 117, comma 1, il quale “ha colmato una lacuna e, in armonia con le Costituzioni di altri paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l’osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato”.

Il richiamo all’art. 117, comma 1, Cost. serve alla Corte per introdurre un’ulteriore ipotesi, oltre a quelle già conosciute, di possibile utilizzo della tecnica della c.d. norma interposta, in base alla quale

⁶ Non venivano d’altra parte neppure sottaciuti i rischi, per il ruolo della Corte costituzionale, derivanti da una equiparazione del diritto Cedu al diritto comunitario e, quasi anticipando la posizione poi assunta dalla Corte con le “sentenze gemelle”, era stato sostenuto che “il riconoscimento che la Convenzione europea ed il relativo sistema di tutela dei diritti fondamentali si colloca ad un livello tale per cui le relative norme fungono da parametro di costituzionalità delle norme ordinarie con esse configgenti, avrebbe il vantaggio di essere coerente con il sistema costituzionale italiano, che assegna alla Corte costituzionale la tutela dei diritti fondamentali e la competenza ad espungere dall’ordinamento, con effetto *erga omnes*, le norme ordinarie che con essi confliggano”, concludendo (e quasi ammonendo) che “se un’indicazione complessivamente adeguata non potesse venire dalla Corte costituzionale, allora lo sguardo dovrebbe volgersi al legislatore, con l’auspicio che il tema qui affrontato trovi in parlamento l’attenzione che richiede” (V. Zagrebelsky).

⁷ Di recente il giudice costituzionale relatore di una delle due decisioni, Gaetano Silvestri, ha ricordato come alla Corte costituzionale interessava principalmente porre fine ai casi di disapplicazione delle leggi nazionali operata in solitudine da parte dei giudici e che le “sentenze gemelle” nascono da una pesante condanna per l’Italia da parte della Corte di Strasburgo (caso Scordino) in ordine alla determinazione delle indennità in caso di espropriazione per pubblica utilità. Silvestri ricorda che si pose l’alternativa tra rivalorizzare la posizione già sostenuta con la ricordata [sent. 10/1993](#) oppure fondarsi sul nuovo art. 117, comma 1, Cost. La necessità di bilanciare la posizione espressa in proposito dalla Corte Edu a favore di un criterio riferito al valore di mercato con la previsione della funzione sociale della proprietà proclamata dall’art. 42 Cost. condusse a scegliere la politica dei “piccoli passi” e la seconda fra le alternative indicate, fornendo una interpretazione della disposizione costituzionale adeguata alla contestualizzazione spazio-temporale della Carta fondamentale nell’ambito dell’Europa e dell’epoca contemporanea.

una legge può essere dichiarata incostituzionale anche quando direttamente contrasti con altra legge o atto avente forza di legge, ma possa dirsi, dato lo stretto rapporto tra quest'ultima e un precetto costituzionale, che il contrasto si pone, sia pure indirettamente, con la disposizione costituzionale che fissa quel precetto (come nel caso più noto di violazione, da parte del decreto legislativo, di una disposizione della legge delega contenente un principio o criterio direttivo).

Il terzo riguarda la puntualizzazione in ordine alla collocazione della Cedu nel nostro sistema delle fonti ed alle conseguenze che ne derivano per il giudizio costituzionale. La Corte rileva come la qualificazione di norma interposta non significa che alle norme della Cedu sia attribuita la forza delle norme costituzionali, restando invece la natura di fonte primaria, come tale assoggettabile al controllo di costituzionalità, il quale, a differenza di quanto accade per il diritto comunitario, può e deve svolgersi rispetto ad ogni disposizione costituzionale e non ai soli principi e diritti fondamentali (c.d. controlimiti). Pertanto ad evitare il paradosso di sanzionare una legge in quanto non rispettosa di norma a sua volta incostituzionale, la fonte che funge da norma interposta (norma Cedu come introdotta nel nostro ordinamento) deve essere previamente sottoposta a verifica di costituzionalità.

Le norme Cedu vengono così ad assumere contemporaneamente la veste di parametro o quella di oggetto nel giudizio di costituzionalità delle leggi, la qual cosa viene a ripercuotersi anche sull'obbligo di interpretazione conforme da svolgersi da parte del giudice, secondo quanto espressamente suggerito dalla Corte, nei riguardi della normativa Cedu, così come si pone nei confronti della Costituzione.

Nel primo caso infatti il giudice, ad evitare di “conformarsi” ad un diritto incostituzionale dovrà preventivamente porsi la questione relativa alla conformità della disposizione Cedu alla Costituzione e solo dopo aver risolto la stessa in senso positivo procedere alla seconda verifica, consistente nella praticabilità di una lettura della norma di legge in conformità al principio della Cedu.

Il quarto attiene invece alla valorizzazione che la Corte costituzionale ha inteso fare della giurisprudenza della Corte Edu, perseguendo con ogni probabilità una duplicità di fini: quello di evitare contrasti giurisprudenziali con la Corte europea e quello di riconoscere l'esigenza che disposizioni sostanzialmente costituzionali – quali quelle Cedu – aventi una applicazione a livello sopranazionale abbiano, per quanto possibile, una medesima interpretazione nei diversi stati che hanno sottoscritto la Convenzione.

Per questo la Corte costituzionale tende ad evidenziare la “specialità” del trattato in questione rispetto a tutti gli altri, avendo questo affidato la funzione di interpretare le norme Cedu ad un unico, apposito giudice, appunto la Corte Edu e trae da ciò la conseguenza che nel controllare o comunque far riferimento alla normativa Cedu, questa sarà sussunta nel significato ad essa attribuito dal “suo” Giudice.

Ad alcuni ciò è sembrata “una vistosa limitazione” alla sovranità statale, vedendovi una sorta di equiparazione con l'efficacia ormai pacificamente riconosciuta alle sentenze interpretative del diritto comunitario della Corte di giustizia, sottolineando altresì come si tratta, per la Corte di Strasburgo, di una giurisprudenza strettamente legata ai casi concreti esaminati ed a controversie rispetto alle quali il nostro stato è estraneo.

A ben vedere forse si sono tratte da parte di questa dottrina conseguenze non necessariamente derivanti dalle affermazioni della Corte, la quale parrebbe attribuire alla giurisprudenza della Corte Edu non l'efficacia di fonte del diritto riconosciuta alle sentenze interpretative della Corte di giustizia, bensì quella di “diritto vivente” riconosciuta da tempo alla giurisprudenza consolidata della corte di cassazione, con l'obbligo per la Corte si porre ad oggetto dell'esame di costituzionalità la norma nel significato “vivente”, il quale potrà ovviamente, come varie volte è accaduto, essere dichiarato incostituzionale.

Il quinto ed ultimo concerne invece i rapporti tra le due Corti (costituzionale ed europea) e consiste nell'individuazione per entrambe del medesimo obiettivo (migliore tutela dei diritti fondamentali), ma nel riconoscere alle stesse un ruolo differente: quella europea fornisce l'interpretazione della Cedu allo scopo di dare uniformità, a livello europeo, al modo di intendere i principi della Convenzione, la Corte costituzionale ha lo scopo di accertare l'eventuale contrasto tra la legge nazionale e la Cedu, se

quest'ultima offra una garanzia "almeno equivalente" e non si ponga in contrasto con i nostri principi costituzionali.

Le "sentenze gemelle" aprono quindi per l'Italia una fase nuova, tanto da potersi quasi affermare che, per tutta una serie di aspetti e di problemi che vedremo in seguito, è come se la Cedu fosse entrata in vigore molti anni dopo e ciò può spiegare, anche se certamente non giustificare, il gravissimo errore in cui in una occasione è caduta la suprema Corte di cassazione⁸.

Dopo il 2007, in ragione della ricordata svolta giurisprudenziale, si assiste ad un utilizzo delle norme convenzionali, quali parametro interposto, in un numero assai alto di casi⁹ e la giurisprudenza della Corte Edu viene altresì a corroborare non solamente il parametro costituzionale, ma altresì a fungere da motivazione della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità.

Di conseguenza molti sono gli ambiti materiali che vengono così ad essere particolarmente interessati dalla giurisprudenza europea, tra i quali, solo per citarne alcuni, possiamo ricordare quelli del diritto di proprietà e della indennità di espropriazione, del processo penale (diritto di difesa, garanzia del contraddittorio, ipotesi di revisione del processo penale, principio del *ne bis in idem*), delle leggi di interpretazione autentica e delle leggi retroattive; del matrimonio e del ricongiungimento familiare; della procreazione medicalmente assistita; della disciplina del fallimento.

3. I criteri di interpretazione della Cedu: la interpretazione evolutiva e in particolare la interpretazione conforme alla Cedu ed il suo rapporto con la interpretazione costituzionalmente conforme. Il predominio assiologico della Costituzione.

L'ultimo decennio risulta quindi per l'Italia caratterizzato da un sempre crescente interesse per la Cedu e per la giurisprudenza della Corte Edu, nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, e con esso inevitabilmente anche dei rapporti con le analoghe previsioni contenute nella Costituzione nella loro pratica applicazione da parte dei giudici ordinari e soprattutto della Corte costituzionale.

Moltissimi pertanto i problemi che si sono venuti a porre in questi anni.

Volendo tentare di sintetizzare gli aspetti a mio avviso maggiormente interessanti e dare loro un ordine, procederò distinguendo gli stessi in due grossi ambiti materiali: il primo relativo alla posizione dei giudici nazionali (ordinari e Corte costituzionale) circa i criteri di interpretazione della Cedu e il

⁸ La Cassazione (ord. 13 giugno 2013, n. 14903) nel riproporre una questione di costituzionalità già dichiarata infondata nel 1995 dalla Corte costituzionale, motiva la necessità per il Giudice costituzionale di tornare sulla medesima questione, sulla base di alcuni elementi di novità normativa sopravvenuti rispetto al momento della pronuncia di infondatezza. Un primo elemento di novità viene individuato nella intervenuta revisione costituzionale dell'art. 111 Cost. (1999), mentre un secondo è visto nella entrata in vigore per l'Italia della Cedu, con particolare riguardo all'art. 6 della medesima. Circa la seconda "novità", la cassazione cade quindi in un fatale errore di data, riferendo la ratifica della Cedu ad una l. 4 agosto 1995 n. 848 (anziché, come ai più è noto, alla l. 4 agosto 1955 n. 848).

Poco male se si trattasse di mero *lapsus calami*, il peggio per la Suprema Corte è che la motivazione mostra come essa sia davvero convinta che la Cedu sia stata ratificata dall'Italia, e sia quindi entrata in vigore nel nostro paese, nel 1995. Da questo dato infatti la suprema corte trae argomento per motivare l'ordinanza di rinvio e la nuova sottoposizione della questione alla Corte costituzionale: in ragione cioè anche della sopravvenuta entrata in vigore della Cedu. La Cassazione infatti rileva come sia "intervenuta l'auspicata normativa di ordine costituzionale e comunitario che ha indiscutibilmente sancito in modo rigoroso la terzietà ed imparzialità del giudice tra i principi fondamentali del giusto processo (...) è stata certamente attuata – *in epoca successiva alla pronuncia n. 46 del 1995* – tale nuova specifica disciplina, costituita dalla modifica dell'art. 111 Cost., disposta con l. cost. 2/99, nonché dall'art. 6 della Convenzione di Strasburgo ratificata con l. 4 agosto 1995 n. 848. Non può infatti negarsi che le nuove disposizioni – *sopravvenute alla pronuncia n. 46 della Corte costituzionale in esame* – hanno sancito e rafforzato in modo indiscutibile (...) il principio di terzietà del giudice" (corsivi aggiunti). La Corte costituzionale ha poi dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità e, senza sottolineare troppo l'errore della cassazione, si è limitata ad osservare come la Cedu sia stata in realtà ratificata "quarant'anni prima della citata sentenza 46/1995".

⁹ Un'accurata ricerca sul campo, curata da Tania Groppi, ha rilevato come nel periodo successivo alle sentenze gemelle e fino al 30 giugno 2016, sono state 164 le decisioni della Corte costituzionale che hanno utilizzato disposizioni della Cedu quali parametro per i giudizi di costituzionalità delle leggi.

valore che assume per loro la interpretazione della stessa da parte della Corte Edu; ai temi connessi all'applicazione-disapplicazione delle disposizioni convenzionali; alle questioni di costituzionalità sollevate con riferimento alla Cedu quale parametro interposto

Il secondo ambito avrà invece ad oggetto gli aspetti relativi alla efficacia ed esecuzione delle decisioni della Corte Edu nell'ordinamento italiano e all'impatto delle stesse nei procedimenti giudiziari.

Iniziando dal primo e dai problemi attinenti alla interpretazione della Cedu si è posto, come per la Costituzione ed in ragione del particolare contenuto "costituzionale" della Cedu, il problema se i criteri e le tecniche interpretative utilizzate di regola nei riguardi delle leggi e delle fonti ordinarie siano ugualmente utilizzabili anche per i testi costituzionali.

La soluzione è stata in larga maggioranza nel senso che i criteri di interpretazione della Costituzione debbano essere particolari e specifici, soprattutto dovuti al fatto che tali testi si esprimono principalmente attraverso principi più che regole e sono caratterizzati dalla presenza di un "proprio giudice".

Così è stato ritenuto che i criteri seguiti per l'interpretazione della Costituzione siano estensibili anche alla interpretazione della Cedu ed in particolare la tecnica della "interpretazione evolutiva", nel senso di dover tener conto della evoluzione storica, culturale e sociale intervenuta dopo la stesura della Carta.

Certamente, come è stato rilevato (Repetto [1]), il testo breve e senza retroterra normativo della Cedu lascia poco spazio alle interpretazioni letterali o sistematiche e la finalità di dare effettività ai diritti riconosciuti nella Convenzione comporta necessariamente il loro costante aggiornamento rispetto ai nuovi significati intervenuti dal momento della loro approvazione.

Questo ha posto il problema dei limiti entro i quali può spingersi una lettura evolutiva del testo della Cedu, indicati, oltre che nei precedenti desumibile dalla giurisprudenza della Corte Edu, anche dal grado di consenso che una certa interpretazione della Convenzione ottiene dagli stati membri, nell'ambito del margine di apprezzamento loro riconosciuto.

Il fatto di aver riconosciuto che la Cedu possa operare come parametro interposto per il giudizio di costituzionalità delle leggi, ha inevitabilmente esteso anche ad essa il criterio della interpretazione conforme, dal momento che il giudice che intende sollevare la questione di costituzionalità in riferimento ad una disposizione della Cedu deve necessariamente confrontarsi con la interpretazione della stessa, quale risultante dalla giurisprudenza della Corte Edu.

Il giudice, prima di proporre la questione alla Corte costituzionale - e di controllare la sussistenza dei requisiti di rilevanza e di non manifesta infondatezza previsti dalla legge - deve verificare se i dubbi di conformità alla Cedu siano superabili attraverso una interpretazione della legge nazionale conforme alla Cedu, estendendo quindi alla interpretazione convenzionalmente conforme, gli stessi criteri da tempo elaborati con riguardo alla necessaria interpretazione conforme alla Costituzione, la quale trova il suo fondamento nello strumento delle sentenze interpretative di rigetto utilizzate dalla Corte fin dal 1957¹⁰.

¹⁰ La dichiarazione di infondatezza con contestuale indicazione della interpretazione (la unica) che avrebbe potuto salvare la legge dalla dichiarazione di incostituzionalità, mostrava infatti come tra le varie interpretazioni possibili doveva essere seguita quella conforme ai principi costituzionali. La Corte ha esercitato questa funzione in una situazione monopolistica e molte sono le ragioni per le quali la situazione di monopolio continuò per molti anni. La svolta si ebbe agli inizi degli anni Novanta, subito dopo l'avvenuta eliminazione dell'arretrato e forse proprio ad evitare che si venisse ancora a creare un arretrato e quindi si allungassero nuovamente i tempi di decisione. La Corte costituzionale iniziò infatti a valorizzare maggiormente l'attività interpretativa del giudice comune fino a giungere nel 1996 alla affermazione, poi ripetuta ed applicata una infinità di volte. La Corte ebbe ad affermare che "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali". Due anni dopo questa affermazione fu perfezionata con la specificazione che il giudice non solo aveva la possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso una lettura della disposizione in maniera costituzionalmente orientata, ma aveva l'obbligo di dimostrare di aver tentato una tale possibilità e di motivare che la stessa non era possibile. Ciò a pena di inammissibilità della questione stessa. La tecnica della interpretazione conforme ha prodotto una notevole diminuzione delle questioni sollevate in via incidentale ed ha addirittura fatto ritenere

Conseguenza dell'invito alla verifica della interpretazione conforme è stato, in alcuni casi, la disomogeneità delle soluzioni seguite da parte dei singoli giudici, alcuni dei quali hanno inoltre proceduto ad interpretazioni davvero molto ardite e "creative" rispetto al dettato normativo.

D'altra parte in diversi casi la stessa Corte costituzionale ha fornito ai giudici una spinta alla "creatività", in quanto essa stessa è giunta, attraverso l'utilizzo di sentenze interpretative, a risultati a volte in aperto contrasto con il testo della legge interpretata.

Dal momento che, nell'ordinamento italiano, i poteri del Giudice costituzionale di interpretazione della legge alla luce della Costituzione non sono diversi, né maggiori (ma solo più autorevoli) rispetto a quelli propri dei giudici ordinari, questi comportamenti della Corte costituzionale non possono non indurre i giudici a comportamenti anche eccessivamente "creativi".

Il giudice che deve sollevare questione di costituzionalità in riferimento a parametri convenzionali e costituzionali, deve quindi preliminarmente verificare la praticabilità di una interpretazione conforme sia alla Cedu, sia alla Costituzione.

Se è vero che trattasi di ipotesi non facilmente verificabile, può però darsi il caso che per il giudice si ponga il problema, in caso di contrasto, di quale tra le due debba prevalere.

La Corte costituzionale, a proposito di un caso molto discusso e sul quale tornerò in seguito, ha affermato in proposito come non sia in discussione che competa al giudice di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente alla Cedu, a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge. Tuttavia il dovere del giudice ordinario di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Convenzione è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu.

Il più delle volte, secondo la Corte, l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana ([sent. 49/2015](#)).

Queste affermazioni della Corte sono state criticate da chi ha visto nelle stesse una visione piramidale e non assiologica della relazione tra le due Carte, parlando in proposito di un "patriottismo costituzionale ingenuo ed infecondo" espresso dalla Corte costituzionale attraverso l'affermazione del primato culturale della nostra Costituzione e della ambizione della stessa "a farsi la Corte delle Corti" (Ruggeri [1]).

4. Il significato e l'efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu: l'affermazione di un monopolio in capo alla Corte europea e le successive riduzioni della stessa attraverso i criteri della tutela più intensa, della necessaria valutazione sistemica, del criterio sostanziale e del margine di apprezzamento, della giurisprudenza consolidata.

Nelle ricordate "sentenze gemelle" del 2007 la Corte costituzionale ha affermato, tra l'altro, il principio secondo cui la Cedu nel giudizio di costituzionalità delle leggi, sia che assuma la veste di parametro interposto che di oggetto, deve essere assunta nel significato dato alle disposizioni dalla giurisprudenza della Corte Edu. Ciò in quanto tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione del trattato, vi è quello di adeguare la propria legislazione alla Cedu, nel significato ad essa attribuito dal "suo" giudice, al quale è attribuita una "funzione interpretativa eminente"¹¹.

L'anno successivo la Corte specificò le precedenti affermazioni, nel senso di un monopolio

da qualcuno che si fosse così realizzata una modificazione del nostro modello di giustizia costituzionale per via giurisprudenziale, passando da un modello accentrato ad un modello a carattere diffuso.

¹¹ Nello scritto già ricordato il relatore della sentenza in oggetto, Silvestri, ha spiegato come l'aggettivo "eminente" riferito alla giurisprudenza della Corte Edu era stato utilizzato nel senso che nella interpretazione della Cedu deve essere riconosciuto un ruolo di assoluta importanza a tale giurisprudenza, ma l'aggettivo non ha il significato di "preminente" o "vincolante", proprio per lasciare aperta l'attività di contestualizzazione da parte dell'interprete.

interpretativo in capo alla Corte Edu, la cui interpretazione doveva pertanto essere considerata vincolante per il giudice ([sent. 39/2008](#)), sostenendo che la peculiarità delle disposizioni della Cedu, nell'ambito della categoria delle norme interposte "consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi".

Sulla base di tali affermazioni è stato osservato dalla dottrina come il ruolo del giudice nazionale sia stato ridimensionato al solo ambito applicativo, "configurandosi alla stregua di un ripetitore dell'interpretazione che è la (sola) Corte europea a fornire, in quando è ad essa che l'interpretazione giudiziale della Cedu è istituzionalmente attribuita" (Passaglia) ed è stata utilizzata l'espressione "autorità di cosa interpretata", ad indicare la efficacia riconosciuta alla giurisprudenza della Corte europea.

Questa posizione è stata successivamente specificata e sostanzialmente ridimensionata da parte della Corte costituzionale, la quale si è riservata la valutazione circa la misura in cui la Cedu, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano.

Ciò è avvenuto anche attraverso il riferimento al criterio "sostanziale" della tutela più intensa da riconoscere ai diritti fondamentali, nel senso che il rispetto degli obblighi internazionali non può mai condurre ad una riduzione del livello di tutela, con la conseguenza che, in caso di contrasto tra la normativa interna più garantista rispetto alla Cedu, come interpretata dal suo giudice, è la prima che deve prevalere, mentre d'altro canto non può ammettersi che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale.

Per questo "il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti" ([sent. 317/2009](#)).

Il criterio assiologico-sostanziale sopra enunciato pone all'evidenza la difficoltà di individuare con esattezza quale sia, tra due sistemi di garanzia, quello che assicuri il livello di tutela più elevato, determinando quindi una inevitabile indeterminatezza della nozione e di conseguenza uno spazio per l'interprete nel concretizzare la stessa con riguardo ai singoli casi.

Un ridimensionamento dell'efficacia vincolante della interpretazione fornita dalla Corte Edu è poi derivato dalla affermazione della Corte costituzionale secondo cui spetta comunque ad essa la valutazione in ordine all'impatto nell'ordinamento interno della interpretazione fornita dalla Corte europea.

Ciò in quanto, mentre quest'ultima è tenuta a tutelare i diversi valori in gioco in modo parcellizzato, in quanto chiamata a giudicare sulla supposta violazione di singoli, specifici diritti, la Corte costituzionale opera una valutazione sistemica e non isolata di tutti i valori coinvolti nella norma di volta in volta scrutinata ed è quindi tenuta ad una attività di bilanciamento che solamente lei può svolgere in maniera adeguata ([sentt. 317/2009](#) e [264/2012](#)).

In tal modo viene sottolineata una istituzionale differenza del modo di operare delle due Corti, la quale offre alla Corte costituzionale la possibilità di distaccarsi dalla interpretazione offerta dalla Corte Edu, tutte le volte che la prima ritenga necessaria una attività di bilanciamento di natura sistematica, senza con ciò porre in discussione la decisione della Corte europea con riguardo al singolo, specifico caso affrontato.

Nello stessa linea deve essere inserita altresì l'affermazione secondo cui alla Corte "compete di apprezzare la giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi" ([sent. 236/2011](#)).

Il riferimento al rispetto "sostanziale" della interpretazione della Corte Edu ed il riconoscimento di "un margine di apprezzamento" consentono all'evidenza alla Corte costituzionale di far valere, rispetto alla giurisprudenza europea, le caratteristiche dell'ordinamento italiano e quindi di seguire anche soluzione non del tutto aderenti alla giurisprudenza di Strasburgo.

La Corte costituzionale sottolinea come la Corte Edu fa salvi i «motivi imperativi d'interesse generale» che possono giustificare interventi del legislatore nazionale anche di interpretazione autentica di precedenti leggi interpretative e che la Corte Edu non può non lasciare ai singoli stati contraenti quanto meno una parte del compito e dell'onere di identificarli, in quanto nella posizione migliore per assolverlo, trattandosi, tra l'altro, degli interessi che sono alla base dell'esercizio del potere legislativo. Le decisioni in questo campo implicano, infatti, una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli stati contraenti ([sent. 311/2009](#)).

Una decisa presa di posizione a favore del margine interpretativo che deve essere riconosciuto al giudice nazionale di fronte alle interpretazioni della Cedu da parte della Corte Edu è rappresentata dalla decisione con cui la Corte costituzionale ha in maniera puntuale indicato le condizioni in presenza delle quali l'interpretazione della Corte europea può ritenersi per il giudice vincolante.

La Corte costituzionale ha osservato come nei rapporti con la Corte Edu, i giudici nazionali non debbono ritenersi passivi recettori di un comando esegetico impartito in una pronuncia della prima ma - proprio la logica del confronto costruttivo tra diversi giudici e quindi del carattere progressivo del diritto giurisprudenziale, privo di un vertice - impone che solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo, tranne nel caso di "sentenza pilota" ([sent. 49/2015](#)).

La Corte costituzionale rileva altresì come, allo scopo di poter ritenere "consolidata" una certa interpretazione fornita dalla Corte europea, il giudice potrà utilizzare una serie di indici, fra i quali: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

Di fronte ad una giurisprudenza della Corte Edu che non possa ritenersi consolidata o che non sia contenuta in una "sentenza pilota" in senso stretto, non vi è alcuna ragione, ad avviso della Corte costituzionale, che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte Edu per decidere una peculiare controversia.

Parrebbe quindi doversi derivare che non tutte le interpretazioni espresse dal giudice di Strasburgo sono dotate della stessa efficacia e che solo alcune possono ritenersi vincolanti per il giudice nazionale.

Un autorevole giudice costituzionale (Marta Cartabia), che ha partecipato alla discussione ed alla approvazione della [sent. 49/2015](#), ha fornito una sua spiegazione della importante e molto discussa pronuncia.

La conosciuta costituzionalista milanese ha osservato come le sentenze non possano, ai fini interpretativi, essere considerate al pari di un testo legislativo: interpretare una sentenza non equivale ad interpretare una legge. Questo sarebbe tardato ad emergere in quanto la nostra esperienza di *civil law*, nonostante il peso ormai acquisito dalla giurisprudenza, ha finora impedito di acquisire i criteri elaborati dalla esperienza di *common law* per valutare il valore ed il significato del precedente giudiziario. Vale a dire che cosa significhi il vincolo di precedente e il principio di *stare decisis*, come riconoscere gli *obiter dicta*, le regole del *distinguishing*.

La finalità della [sent. 49/2015](#) sarebbe pertanto stata quella di aprire a questi criteri allo scopo di aiutare il giudice a capire quali sono i vincoli derivanti dalle sentenze della Corte Edu, senza leggere le relative massime come se si trattasse di leggi.

La decisione in questione è stata oggetto di molte critiche da parte della dottrina italiana, la quale ha evidenziato come essa esprime una visione formalistica e non assiologia dei rapporti fra le Carte

costituzionali e soprattutto per le incertezze che possono derivare dalla incerta nozione di “giurisprudenza consolidata” e dai criteri indicati per la sua identificazione.

In particolare è stato rilevato come la nozione richiamata in qualche maniera quella di “diritto vivente” e come la giurisprudenza della Corte Edu sia una giurisprudenza casistica e, essendo chiaramente un caso sempre diverso dall’altro, non avrebbe senso parlare di giurisprudenza consolidata o di diritto vivente (Sorrenti) e come sarebbe lasciata senza risposta la domanda di quale sia il valore e la efficacia della giurisprudenza della Corte Edu non qualificabile come “sentenza-pilota”, né come giurisprudenza consolidata.

E’ stato osservato in proposito come la giurisprudenza non consolidata finisce per essere considerata come un “diritto *in progress* e quindi un non diritto” (R. Conti).

A dimostrazione della difficile utilizzabilità dei criteri indicati dalla Corte costituzionale sono stati portati esempi di casi nei quali una importante sentenza della grande camera aveva una portata chiaramente innovativa rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte Edu (come nel recente caso relativo al principio del *ne bis in idem*), ma che altrettanto sicuramente non poteva essere ignorata o non tenuta di conto.

Anche in considerazione di ciò sono state avanzate interpretazioni della [sent. 49/2015](#), tali da ridurre gli effetti negativi derivanti da una letterale applicazione dei principi in essa espressi. Così è stato proposto di negare carattere vincolante solo a quelle decisioni della Corte Edu che rappresentano bruschi ed immotivati mutamenti rispetto all’orientamento giurisprudenziale precedente (Sorrenti) oppure di attribuire alla giurisprudenza della Corte Edu l’effetto di obbligare tutti i giudici e gli operatori giuridici a “prendere in considerazione” la stessa, con la possibilità però di discostarsene in nome di argomenti di tipo sostanziale che tendano al raggiungimento della soluzione più garantista nel caso concreto (P. Rossi).

Da molte parti una risposta della Corte Edu alla [sent. 49/2015](#) è stata indicata nella [sent. 27 agosto 2015, sul caso Parrillo](#), a proposito della possibilità di qualificare il giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale quale giudizio necessario per l’esaurimento dei rimedi a livello nazionale e quindi ai fini della ammissibilità del ricorso individuale.

La Corte Edu ha ribadito in proposito che “nell’ordinamento giuridico italiano i litiganti non hanno il diritto di rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale. Soltanto il giudice che determina il merito della causa ha la possibilità di rivolgersi alla Corte costituzionale, su richiesta di una parte o d’ufficio. Conseguentemente tale ricorso non può essere un rimedio di cui è richiesto l’esaurimento ai sensi della Convenzione”¹².

Nella opinione concorrente cinque giudici della grande camera hanno rilevato che - dopo le sentenze “gemelle” del 2007 che impongono al giudice ordinario, nella impossibilità di una interpretazione conforme, di rimettere la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost. – essi sarebbero stati favorevoli a ritenere che in Italia si sarebbe realizzato un vero e proprio diritto delle parti ad ottenere il controllo di costituzionalità di una legge non in linea con la giurisprudenza di Strasburgo. La svolta contenuta nella [sent. 49/2015](#) avrebbe però di nuovo allontanato tale conclusione, a causa della relativizzazione della efficacia vincolante delle pronunce della Corte Edu.

¹² Una tale affermazione è contestata da Marta Cartabia nello scritto appena ricordato, sul condivisibile presupposto che il giudice italiano non ha la semplice facoltà di investire, d’ufficio o su istanza di parte, la Corte costituzionale di una questione di costituzionalità relativa ad una legge. Una volta risolta positivamente la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge (rilevanza e non manifesta infondatezza) il giudice infatti ha l’obbligo di proporre la questione al Giudice costituzionale e non certo una mera facoltà.

5. *La disapplicazione della legge in contrasto con le disposizioni della Cedu e la proposizione della questione di legittimità costituzionale in via incidentale. Il controllo delle leggi anteriori all'entrata in vigore della Cedu.*

Rispetto al diverso fenomeno della disapplicazione da parte del giudice ordinario della legge nazionale ritenuta in contrasto con le previsioni della Convenzione, si era verificato, come già ricordato, che alcuni giudici avevano ritenuto di applicare all'ordinamento Cedu le stesse regole valide per l'ordinamento dell'Unione europea, procedendo quindi ad una disapplicazione (o non applicazione) diretta della legge senza passare dal controllo accentrato di costituzionalità delle leggi.

Questo giustifica la categorica affermazione contenuta nelle sentenze “gemelle” in base alla quale il giudice può (e deve) in questi casi utilizzare la Cedu quale norma interposta allo scopo di sollevare davanti alla Corte costituzionalità una questione per supposta violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

Di fronte alla chiara affermazione della Corte certamente non era possibile nutrire dubbi in proposito, né avanzare interpretazioni differenti.

Un fatto nuovo è costituito in proposito dalla approvazione del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009 ed in particolare dall'art. 6.2 e 3 dello stesso, secondo cui “l'Unione aderisce alla Cedu” e “i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione (...) e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

A giudizio di alcuni le innovazioni recate dal Trattato avrebbero comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della Cedu nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la ricordata concezione delle «norme interposte». Alla luce del nuovo testo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, dette disposizioni sarebbero divenute, infatti, parte integrante del diritto dell'Unione: con la conseguenza che i giudici ordinari risulterebbero abilitati a non applicare le norme interne ritenute incompatibili con le norme della Convenzione, senza dover attivare il sindacato di costituzionalità.

La Corte costituzionale, anche in questo caso, è stata assai chiara nell'escludere un simile effetto, nel senso che nessun argomento a favore della possibilità di disapplicare una legge in contrasto con la Convenzione può essere tratto dalla prevista adesione dell'Unione europea alla Cedu, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta, per cui, a prescindere da ogni altro possibile rilievo, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, allo stato, ancora improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata.

Quanto al richiamo alla Cedu contenuto nel paragrafo 3 del medesimo art. 6 – secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione «e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» – si tratta, ad avviso della Corte, di una disposizione che riprende, come già accennato, lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona ([sent. 80/2011](#)).

Qualora il giudice ordinario nutra un dubbio in ordine alla compatibilità di una disposizione legislativa nazionale con una previsione della Cedu ed il testo della legge non permetta al giudice stesso di superare il dubbio attraverso una interpretazione conforme alla Convenzione, il giudice è tenuto a verificare dapprima se la previsione convenzionale sia rispettosa dei principi costituzionali.

Qualora non lo sia egli deve sollevare la questione di costituzionalità della legge di ratifica della Convenzione, nella parte in cui ha introdotto nel nostro ordinamento una disposizione in contrasto con la Costituzione.

Nel caso sia invece ritenuta la conformità della Cedu alla Costituzione, il giudice è tenuto a sollevare questione di costituzionalità della norma legislativa per violazione diretta della Convenzione ed indiretta dell'art. 117, comma 1, Cost. (teoria della norma interposta).

Dopo le sentenze “gemelle” molte sono state, come detto, le questioni di costituzionalità con le quali i giudici ordinari hanno denunciato una supposta violazione della Cedu, sia come unico

parametro invocato per la dichiarazione di incostituzionalità, sia – più spesso – unitamente a ulteriori parametri costituzionali.

La Corte costituzionale in vari casi ha evitato di confrontarsi con il parametro convenzionale, affrontando e valutando la censura di costituzionalità solamente con riferimento ai parametri costituzionali “altri” e giudicando poi così “assorbito” il vizio denunciato per supposto contrasto con la Cedu.

Questo non esclude che comunque, anche quando non espressa in maniera esplicita¹³, l’influenza della giurisprudenza della Corte Edu sulla soluzione della questione di costituzionalità sia risultata in molte occasioni decisiva per orientare la Corte costituzionale verso una pronuncia di incostituzionalità.

Un problema del tutto particolare si è posto, con riguardo al controllo delle leggi in via incidentale proposto in riferimento alla violazione di disposizioni della Cedu, con riguardo all’ipotesi che oggetto della questione di costituzionalità siano norme legislative anteriori all’entrata in vigore della Cedu.

Esso è del tutto analogo a quello che si pose con riguardo alle leggi anteriori alla Costituzione allorché la Corte costituzionale ha iniziato a funzionare, vale a dire se dovesse, in questi casi, farsi valere il principio di costituzionalità oppure quello della abrogazione, con applicazione del principio temporale della successione di leggi nel tempo.

In questo caso la Corte costituzionale, nella sua prima sentenza ([1/1956](#)), lasciò aperta la possibilità di entrambe le soluzioni, riconoscendo a se medesima la possibilità di controllare anche la legittimità di leggi anteriori alla Costituzione, ma non escludendo la possibilità per il giudice di seguire il principio della abrogazione espressa.

Anche per le supposte violazioni della Cedu si è posto concretamente il problema delle leggi anteriori alla approvazione della Cedu e la Corte costituzionale lo ha risolto parificando questa ipotesi a quella delle leggi successive alla Cedu ([sent. 39/2008](#)).

6. I più evidenti casi di conflitto tra la Corte costituzionale e la Corte Edu: a) il trattamento economico del personale Ata trasferito dagli enti locali allo stato; b) le “pensioni svizzere”; c) la confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva.

Il passaggio dalla fase in cui la Corte costituzionale e la Corte Edu si erano in pratica ignorate, specie a causa dell’atteggiamento tenuto dalla prima, a quello del “dialogo” o comunque del contatto ravvicinato, ha determinato, accanto a molti elementi positivi, anche il sorgere di conflitti, più o meno forti, tra le due Corti.

Ai fini del presente scritto può valere la pena di ricordare i tre casi che possono essere considerati quelli nei quali in contrasto si è evidenziato in maniera più forte, quasi dirompente.

I primi due hanno entrambi ad oggetto leggi di interpretazione con cui il parlamento forniva, con effetto retroattivo, la corretta interpretazione di una precedente legge, con effetti anche nei giudizi in corso. Fenomeno rispetto al quale la giurisprudenza costituzionale si era rivelata negli anni piuttosto accondiscendente verso il legislatore¹⁴.

¹³ Così ad esempio con riguardo alla decisione della Corte costituzionale sul diritto del figlio a conoscere la propria identità naturale ed il diritto assoluto e perenne all’anonimato della madre (v. [Corte Edu 25 settembre 2012, sul caso Godelli](#) e [Corte cost. 278/2013](#)) oppure sul diritto del figlio al cognome materno (v. [Corte Edu 7 gennaio 2014, sul caso Cusan e Fazzo](#) e [Corte cost. 286/2016](#)).

¹⁴ La giurisprudenza costituzionale era consolidata nel senso che non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva) ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva, trattandosi in entrambi i casi di accertare se la retroattività della legge, il cui divieto non è stato elevato a dignità costituzionale, salvo che per la materia penale, trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti. Sicché, la norma censurata, ove considerata espressione di funzione di interpretazione autentica, non può considerarsi lesiva dei canoni costituzionali di ragionevolezza, e dei principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, allorché essa si limita ad assegnare alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario, senza, peraltro,

La prima vicenda riguarda il caso del trasferimento dagli enti locali allo stato del personale ATA della scuola la quale aveva comportato per gli stessi condizioni economiche più svantaggiose rispetto a quelle godute in precedenza.

A seguito di ricorsi giudiziari, in parte accolti dalla magistratura, il legislatore aveva approvato una legge di interpretazione autentica con la quale aveva dato una interpretazione favorevole agli interessi economici dello Stato e sfavorevole ai ricorrenti.

In ordine a tale legge fu sollevata una questione di costituzionalità per supposta violazione di numerosi principi costituzionali, tra i quali quelli di ragionevolezza della legge, del diritto di difesa, del legittimo affidamento del cittadino, della autonomia e indipendenza della magistratura.

La Corte costituzionale dichiarò infondata la questione, richiamandosi alla propria consolidata giurisprudenza in tema di leggi di interpretazione autentica ([sent. 234/2007](#)).

A seguito delle sentenze “gemelle” la questione fu ripresentata, questa volta con riferimento alla supposta violazione dell’art. 6 Cedu, come interpretato dalla Corte Edu, in riferimento all’art. 117, comma 1, Cost.

La Corte costituzionale esclude ugualmente il vizio di costituzionalità, richiamandosi ai “motivi imperativi di interesse generali” enunciati nella giurisprudenza europea per legittimare l’intervento del legislatore nazionale.

L’interessato fece allora ricorso alla Corte Edu, la quale si espresse invece in termini assai diversi, contestando che le ragioni imperative di interesse generale fossero date dalla necessità di porre rimedio ad un difetto tecnico della legge originaria ed osservando che “l’obiettivo indicato dal governo, ossia la necessità di riempire un vuoto giuridico e di eliminare le disparità di trattamento tra dipendenti, mirava in realtà a preservare solo l’interesse economico dello stato, riducendo il numero delle cause pendenti davanti ai giudici italiani”.

La Corte Edu ha quindi ritenuto l’intervento legislativo impugnato non giustificato da ragioni imperative di interesse pubblico generale e quindi in contrasto con l’art. 6.1 Cedu ([sent. 7 giugno 2011, sul caso Agrati](#)).

La Corte costituzionale ha risposto pochi mesi dopo citando la suddetta pronuncia della Corte Edu ed osservando che in materia sussiste lo spazio per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva, in quanto “diversamente, se ogni intervento del genere fosse considerato come indebita ingerenza allo scopo d’influenzare la risoluzione di una controversia, la regola stessa sarebbe destinata a rimanere una mera enunciazione, priva di significato concreto” ([sent. 257/2011](#)).

La Corte Edu infine ha ritenuto che il personale Ata che è stato immesso nei ruoli del ministero senza il riconoscimento dell’anzianità pregressa deve essere posto nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se la violazione della Convenzione non si fosse verificata (ossia se il governo non avesse imposto di interpretare l’art. 8 l. 3 maggio 1999 n. 124 in maniera difforme all’interpretazione fornita dalla suprema Corte di cassazione) e ha pertanto diritto di ricevere a titolo di equa soddisfazione la differenza tra il trattamento economico percepito e quello che avrebbe invece ottenuto in assenza dell’intervento di «interpretazione» ([sent. 8 novembre 2012, sul caso Agrati](#)).

Il secondo caso ha avuto ad oggetto la disciplina pensionistica di lavoratori italiani all’estero (in specifico in Svizzera) e una legge di interpretazione autentica attraverso la quale veniva fornita, con efficacia retroattiva, una lettura della disposizione interpretata in senso restrittivo e peggiorativo per i destinatari, con effetto pure per i giudizi ancora pendenti.

La relativa questione di costituzionalità era stata dichiarata infondata con [sent. 172/2008](#), la quale aveva ritenuto che la norma impugnata assegnava alla disposizione interpretata un senso già da essa desumibile, garantendo altresì la razionalità complessiva del sistema previdenziale, in quanto evitava che, a fronte di una esigua contribuzione versata nel paese estero, si potessero ottenere le stesse utilità le quali chi aveva prestato attività lavorativa esclusivamente in Italia poteva conseguire solo grazie ad una contribuzione molto più gravosa.

A tale giurisprudenza si era quindi adeguata anche la Corte di cassazione (8 agosto 2011, n. 17076),

che siffatta operazione debba essere necessariamente volta a comporre contrasti giurisprudenziali, ben potendo il legislatore precisare il significato di norme in presenza di indirizzi omogenei ([sent. 74/2008](#)).

la quale aveva, di conseguenza, sostenuto che la disposizione in questione costituiva norma dichiaratamente ed effettivamente di interpretazione autentica, diretta a chiarire la portata della disposizione interpretata e pertanto non lesiva del principio del giusto processo di cui all'art. 6 Cedu, trattandosi di legittimo esercizio della funzione legislativa.

Successivamente la Corte di Strasburgo, pronunciandosi sulla stessa questione a seguito di ricorso diretto, ha ritenuto invece che la medesima disposizione avesse determinato una violazione dei diritti dei ricorrenti, intervenendo in modo decisivo per impedire che l'esito del procedimento in cui erano parti fosse loro favorevole ([sent. 31 maggio 2011, sul caso Maggio](#)).

Con esplicito riferimento alla suddetta decisione della Corte Edu, la questione di costituzionalità è stata quindi riproposta al controllo della Corte costituzionale, stavolta invocando un differente parametro ossia l'art. 117, comma 1, Cost., il quale impone alla legge (statale e/o regionale) il rispetto degli obblighi internazionali.

La Corte costituzionale, richiamandosi alla propria giurisprudenza, ha sostenuto che il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quella già predisposta dall'ordinamento interno, ma può e deve viceversa costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Per questo il confronto tra le differenti discipline e quindi tra le corti deve essere effettuato mirando alla "massima espansione delle garanzie".

A tale ultimo fine deve essere riconosciuto alla Corte un'attività di bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente protetti che vengono in gioco, in quanto la loro tutela non può essere realizzata attraverso una valutazione frazionata dei singoli diritti (quale può essere in certi casi la giurisprudenza di Strasburgo), bensì sistemica e quindi valorizzando pure il "margine di apprezzamento" nazionale.

E' questa la chiave di volta seguita dalla Corte italiana per armonizzare le due differenti giurisprudenze: un'attività di bilanciamento che può in fondo spettare solo al Giudice costituzionale nazionale che meglio è in grado di assolvere a questo compito, ma che non significa "primazia" dell'ordinamento nazionale, ma più precisamente "integrazione delle tutele".

Utilizzando questa "chiave", la Corte conclude che, nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, rispetto alla tutela dell'interesse sotteso al parametro indicato prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata, in relazione alla quale sussistono quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva. Ed infatti, gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'articolo 81, comma 4, Cost. ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso, impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali. È ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni ([sent. 264/2012](#))¹⁵.

Successivamente la Corte Edu è nuovamente tornata sulla questione delle "pensioni svizzere" ed ha di nuovo ritenuto che la disciplina italiana di interpretazione autentica si pone in contrasto, non solo con i principi del giusto processo (art. 6.1. Cedu), ma anche con una valutazione patrimoniale in relazione al sistema di calcolo delle pensioni che avrebbe determinato un eccessivo onere a carico dei ricorrenti senza un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco ([sent. 15 aprile 2014, sul caso](#)

¹⁵ Una conferma della bontà della lettura seguita, la Corte costituzionale la trova nel fatto che la Corte Edu nella ricordata [sentenza Maggio](#) (a differenza di quanto accaduto per la [sentenza Agrati](#) di poco successiva, prima ricordata), mentre condanna l'Italia per violazione dell'art. 6 Cedu, esclude la violazione dell'art. 1 del protocollo n. 1, sotto il profilo dell'ingerenza nel pacifico godimento dei loro beni attraverso la riduzione della pensione.

[Stefanetti](#)).

Fondandosi sull'unico motivo del *novum* rappresentato dalla sopra ricordata sentenza, è stata sollevata una ulteriore questione di costituzionalità di fronte alla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato inammissibile la stessa. La Corte ha rilevato in particolare come la indicazione di una soglia (fissa o proporzionale) e di un non superabile limite di riducibilità delle “pensioni svizzere” – ai fini di una *reductio ad legitimitatem* della disposizione impugnata, che ne impedisca l'incidenza su dette pensioni in misura che risulti lesiva degli evocati precetti convenzionali e nazionali –, come pure l'individuazione del rimedio, congruo e sostenibile, atto a salvaguardare il nucleo essenziale del diritto leso, sono comunque necessarie, ma presuppongono, evidentemente, la scelta tra una pluralità di soluzioni rimessa, come tale, alla discrezionalità del legislatore.

La Corte costituzionale, nel dichiarare la inammissibilità della questione, ha tuttavia affermato che “non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema segnalato dalla Corte di Strasburgo” ([sent. 166/2017](#)).

Il terzo caso ha ad oggetto la disciplina italiana della confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva.

Sulla stessa aveva avuto modo di pronunciarsi la Corte Edu, secondo cui, in caso di assoluzione dal reato di lottizzazione abusiva, motivata da errore di diritto scusabile, la confisca dell'insieme dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili abusivamente costruiti lede l'art. 7 Cedu e l'art. 1 del protocollo 1 alla stessa Convenzione, trattandosi di sanzione penale la cui applicabilità al caso di specie non era chiaramente prevista dalla legge e sproporzionata rispetto allo scopo di tutela ambientale perseguito ([sent. 20 gennaio 2009, sul caso Soc. Sud Fondi](#)).

Ad essa aveva fatto seguito una pronuncia della Corte costituzionale di inammissibilità, per insufficiente motivazione in ordine alla rilevanza e per non aver il giudice dimostrato l'impossibilità di un'interpretazione della disposizione impugnata in conformità alla normativa internazionale (di cui alla Cedu) come interpretata dalla Corte Edu, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti.

In quella occasione la Corte costituzionale aveva precisato che “solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità delle disposizioni di legge”.

Nella giurisprudenza della Corte di cassazione era quindi risultata assolutamente prevalente l'interpretazione secondo la quale la confisca dei terreni può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, quale la prescrizione, purché fosse accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicurasse il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, e che verificasse l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere ([Cass. 4 febbraio 2013, n. 17066](#)).

Successivamente è di nuovo intervenuta la Corte Edu, la quale ha ravvisato una violazione dell'art. 7 Cedu e dell'art. 1 prot. n. 1 nel caso in cui la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili realizzati sugli stessi sia stata ordinata dal giudice penale con la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato dovuta a prescrizione ([sent. 29 ottobre 2013, sul caso Varvara](#)).

Facendo riferimento espresso a tale ultima pronuncia, la questione di costituzionalità è stata nuovamente riproposta davanti alla Corte costituzionale, in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost.

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione richiamandosi al principio, già precedentemente ricordato e commentato, del carattere necessariamente “consolidato” della giurisprudenza della Corte Edu, affinché la stessa possa ritenersi vincolante per il giudice.

La Corte costituzionale conclude nel senso che i giudici *a quibus* erano ben coscienti che non trattavasi di una giurisprudenza consolidata della Corte europea per cui, non solo non erano tenuti ad estrapolare dalla [sentenza Varvara](#) il principio di diritto dal quale hanno preso le mosse le questioni

sollevate, ma avrebbero dovuto attestarsi su una lettura ad esso contraria. Quest'ultima è infatti compatibile con il testo della decisione e gli estremi della vicenda decisa, più armonica rispetto alla tradizionale logica della giurisprudenza europea, e comunque rispettosa del principio costituzionale di sussidiarietà in materia penale, nonché della discrezionalità legislativa nella politica sanzionatoria degli illeciti, con eventuale opzione per la (interna) natura amministrativa della sanzione.

7. L'efficacia e l'applicazione in Italia delle sentenze di condanna della Corte Edu. La sentenza Edu come fonte del diritto: i casi di restituzione degli atti per "novum" superveniens. Gli ostacoli processuali: il superamento del giudicato penale (il [caso Dorigo](#)) e l'analogo problema in materia civile ed amministrativa.

Veniamo adesso alla seconda serie di problemi indicati, vale a dire ai temi connessi alla efficacia ed applicazione nell'ordinamento italiano delle sentenze della Corte Edu.

E' appena il caso di sottolineare come il ruolo e la natura della Corte europea siano andati evolvendo da una matrice essenzialmente internazionalistica ad una che potremmo chiamare costituzionalistica.

Nella prima fase ha prevalso l'aspetto relativo alla tutela del singolo diritto, alla natura meramente dichiarativa della decisione, con l'obbligo stringente e specifico per gli stati dell'equa riparazione, quando pronunciata, a fronte di una maggiore discrezionalità degli stessi in ordine all'obbligo di eliminare le cause della avvenuta violazione.

Successivamente l'attività della Corte Edu è parsa maggiormente proiettata alla tutela dell'interesse generale ed al rispetto del diritto oggettivo, attraverso una integrazione, nella prassi, di quanto previsto letteralmente dall'art. 41 Cedu, muovendosi sempre più spesso oltre la equa soddisfazione, attraverso la indicazione di specifiche misure, tali da introdurre modifiche strutturali dell'ordinamento nazionale.

Sono quindi proprio le sentenze che indicano la necessità di una *restitutio in integrum* e di modifiche ordinamentali che hanno posto i maggiori problemi per la loro esecuzione nell'ordinamento italiano.

Sulla possibilità di qualificare la sentenza Edu quale fonte del diritto può essere utile ricordare due decisioni della Corte costituzionale, con le quali sono stati restituiti ai giudici *a quibus* gli atti relativi a questioni di costituzionalità sollevate, in ragione di una sopravvenuta modifica della giurisprudenza della Corte Edu.

Nel primo caso trattavasi della questione di costituzionalità della legge sulla procreazione medicalmente assistita, nella parte in cui escludeva la possibilità di ricorrere alla pratica della inseminazione eterologa.

La Corte europea con una prima pronuncia, di una sua sezione ([sez. I, 1° aprile 2010, sul caso S.H.](#)), aveva ritenuto una simile esclusione contraria ai principi espressi dalla Cedu e, anche sulla base di tale decisione, alcuni giudici italiani avevano sollevato la questione di costituzionalità della legge 40/2004 davanti alla Corte costituzionale.

Nelle more della decisione era sopravvenuta una seconda pronuncia sul medesimo caso, da parte stavolta della grande camera, la quale aveva al contrario ritenuto che la liceità o meno della inseminazione eterologa rientrasse nel "margine di apprezzamento" che deve essere riconosciuto in materia a ciascuno stato (sent. 3 novembre 2011).

La Corte costituzionale ([ord. 150/2012](#)), ricordato il significato che deve essere riconosciuto alle sentenze della Corte Edu, ha qualificato la sopravvenuta decisione come un "*novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale, così come proposta" ed ha quindi restituito gli atti ai giudici *a quibus* per un riesame della rilevanza, giustificandolo altresì con l'affermazione secondo la quale diversamente, non avendo potuto i giudici *a quibus* interloquire sulla base della sopravvenuta decisione, risulterebbe alterato lo schema del giudizio sulle leggi in via incidentale.

La Corte in questa occasione ha usato volutamente il termine "*novum*" *superveniens*, quasi come

qualcosa che si pone tra lo “*ius*” ed il “*factum*”, attribuendo comunque nella sostanza alla sentenza della Grande camera l’effetto fino ad allora riconosciuto allo *ius superveniens*¹⁶.

Nel secondo caso la questione di costituzionalità aveva ad oggetto la disciplina codicistica che non esclude la possibilità di instaurare un giudizio penale avente ad oggetto gli stessi fatti per i quali già sia stata irrogata in maniera definitiva una sanzione amministrativa, al termine in un procedimento amministrativo. Il giudice denunciava la violazione del principio del *ne bis in idem*, richiamandosi all’art. 4, protocollo 7, della Cedu, quale norma interposta, ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost.

In particolare l’autorità giudiziaria rimettente fondava i dubbi di costituzionalità sulla interpretazione della disposizione convenzionale risultante dalla giurisprudenza della Corte Edu, secondo la quale una sanzione può ritenersi sostanzialmente penale in ragione della sua natura repressiva o preventiva e sottolineava come tale giurisprudenza avesse avuto ad oggetto ipotesi del tutto assimilabili a quella oggetto del giudizio *a quo* (sanzioni amministrative per evasione fiscale).

Nel periodo intercorrente tra la emanazione dell’ordinanza di rinvio e la decisione della Corte costituzionale, è intervenuto un inaspettato cambio di giurisprudenza da parte della grande camera della Corte Edu, la quale, pur confermando la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa afflittiva, ha superato la lettura solo processuale del principio del *ne bis in idem* (impossibilità di iniziare il procedimento penale in presenza di una sanzione amministrativa definitiva) per passare ad una nozione sostanziale del medesimo, invitando i giudici a valutare, nella specie, il tipo di connessione sostanziale e temporale esistente tra i due procedimenti. La Corte infatti ha escluso la violazione dell’art. 4, prot. 7, Cedu quando tra il procedimento amministrativo e quello penale sia ravvisabile una connessione sufficientemente stretta sul piano sostanziale e temporale ([sent. 15 novembre 2016, sul caso A e B c. Norvegia](#)).

Nel restituire gli atti al giudice *a quo*, la Corte costituzionale parla di una “svolta giurisprudenziale”, potenzialmente produttiva di effetti in ordine al rapporto tra il procedimento amministrativo e quello penale e conclude nel senso che “il mutamento del significato della normativa interposta, sopravvenuto all’ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo che esprime il diritto vivente europeo, comporta la restituzione degli atti al giudice *a quo*, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale” ([sent. 43/2018](#))¹⁷.

In questi casi la Corte costituzionale usa espressioni quali “*novum*”, “nuova regola”, “mutamento di significato” e non quella di “*ius superveniens*”, utilizzata invece per le sentenze della Corte di giustizia Ue, ad evitare espressioni troppo impegnative, ma non si può certo escludere che il trattamento riservato alle decisioni della Corte Edu venga significativamente parificato, quanto ad effetti, ad una fonte del diritto¹⁸.

¹⁶ La decisione di restituzione degli atti al giudice *a quo* è un tipo di pronuncia non previsto dalla legge, ma creato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale di conseguenza ha avuto nel tempo applicazioni differenti. Negli ultimi anni la restituzione viene utilizzata quasi esclusivamente per l’ipotesi di una modifica normativa (*ius superveniens*) che va ad incidere sulla legge oggetto della questione di costituzionalità, allo scopo di richiedere al giudice una nuova valutazione in ordine alla rilevanza o alla non manifesta infondatezza della questione sollevata. Alla modifica normativa la giurisprudenza costituzionale ha parificato, ai fini della restituzione, le sentenze di incostituzionalità e le sentenze interpretative della Corte di giustizia dell’Unione europea.

¹⁷ Nella prima ipotesi si trattava dello stesso caso, deciso una prima volta da parte di una sezione e successivamente, a seguito di richiesta del governo italiano, dalla grande camera, mentre nella seconda, a fronte di una giurisprudenza consolidata, anche della grande camera, era sopravvenuto un chiaro mutamento della stessa da parte di una pronuncia della grande camera.

¹⁸ Se è del tutto chiaro il diverso regime del diritto originario e derivato dell’Unione europea (applicazione diretta, primato ecc.) rispetto a quanto accade per la Cedu (fonte definita dalla Corte di livello subcostituzionale), il tema specifico del rilievo che una pronuncia giurisdizionale può assumere ai fini della restituzione degli atti appare legato principalmente alla natura più o meno vincolante, per il giudice, della interpretazione espressa in quella pronuncia. In altri termini ciò che assume importanza è l’eventuale “mutamento di significato della normativa” oggetto della questione, che induce il Giudice costituzionale a richiedere, al pari di quanto accade nel caso di *ius superveniens*, un nuovo esame da parte del giudice rimettente. Appare infatti del tutto ragionevole, al di là della sua qualificazione, come una interpretazione della norma oggetto della questione oppure del parametro, diretto o interposto, la quale risulti per il giudice assolutamente vincolante, qualora la stessa sopraggiunga dopo la pronuncia dell’ordinanza di rimessione, giustificarsi una restituzione

Gli ostacoli, stante i limiti che incontra la Corte Edu nella propria attività di garante della Cedu, sono stati principalmente di due tipi: a) di carattere processuale; b) in ragione della natura legislativa dell'atto da rimuovere.

Con riguardo ai primi, intendo riferirmi principalmente al tema del giudicato e del valore, anche di rilievo costituzionale, ad esso riconosciuto per la garanzia della certezza del diritto.

Stante la natura sussidiaria del ricorso alla Corte Edu e quindi la necessità di aver previamente esperito tutti gli strumenti che l'ordinamento pone a disposizione dei cittadini per la tutela dei propri diritti, è fisiologico che la decisione della Corte Edu possa porsi in contrasto con il giudicato che nel frattempo è venuto a crearsi a livello nazionale.

Da qui la necessità di contemperare il rispetto del giudicato, e dei valori che esso esprime, con l'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte Edu, ai sensi dell'art. 46 Cedu.

Questo aspetto è divenuto ancora più evidente, via via che si è prestata maggiore attenzione al momento della esecuzione delle sentenze della Corte Edu in ragione della più frequente richiesta da parte di questa di obblighi ripristinatori e di interventi normativi o paranormativi tendenti a suggerire il superamento del giudicato o controllare l'osservanza delle decisioni di Strasburgo.

A proposito del giudicato penale, l'esperienza italiana è legata al noto [caso Dorigo](#), che quindi vale la pena di ripercorrere e, con esso, esporre il modo come è stato risolto il problema in Italia.

La Commissione europea (9 settembre 1998) aveva rilevato in un [procedimento penale a carico del sig. Dorigo](#) una violazione della garanzia del contraddittorio e quindi affermato la violazione dell'art. 6 della Convenzione.

La Corte di cassazione aveva di conseguenza ritenuto il giudicato penale "ineseguibile", con la conseguenza che il condannato non avrebbe più dovuto espiare la parte residua della pena (sent. 25 gennaio 2007, n. 2800).

Venne quindi sollevata, in riferimento anche all'art. 6 Cedu, una questione di costituzionalità, la quale però fu dichiarata infondata da parte della Corte costituzionale ([sent. 129/2008](#)), che nel fare ciò, ritenne "di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte Edu che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della Cedu"¹⁹.

A seguito di tale pronuncia i giudici ordinari, ed in particolare la corte di cassazione, hanno proceduto in varie ipotesi a ricercare una soluzione "equa" attraverso interpretazioni conformi piuttosto ardite, se non vere e proprie disapplicazioni della normativa processuale.

La questione di costituzionalità è successivamente stata portata nuovamente al giudizio della Corte costituzionale, stavolta con specifico riferimento agli art. 117, comma 1, Cost. e 46 Cedu.

Anche in considerazione della inerzia del legislatore al suo "pressante invito", questa volta la Corte

degli atti. In questo caso infatti - a differenza di un fatto che va ad incidere sulla rilevanza dello specifico giudizio principale, ma non muta la questione avente ad oggetto un atto normativo generale ed astratto - la decisione sopravvenuta va ad incidere sul contenuto dell'atto normativo al pari di una modifica normativa (di interpretazione autentica).

¹⁹ La Corte costituzionale osserva come la questione di legittimità costituzionale nasce dalla assenza - nel sistema processuale penale - di un apposito rimedio, destinato ad attuare l'obbligo dello stato di conformarsi (anche attraverso una eventuale rinnovazione del processo) alle conferenti sentenze definitive della Corte di Strasburgo, nell'ipotesi in cui sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli. La Corte ricorda come il Comitato dei Ministri e l'Assemblea del Consiglio d'Europa hanno stigmatizzato - con reiterate risoluzioni, risoluzioni interinali e raccomandazioni, proprio in riferimento alla vicenda del sig. Davigo - l'inerzia dello Stato italiano nell'approntare adeguate iniziative riparatorie e come il Comitato dei Ministri - facendo seguito a precedenti "moniti" - ha espressamente deplorato «il fatto che, più di sei anni dopo l'accertamento della violazione in questo caso, le autorità italiane non abbiano adottato alcuna misura per cancellare per quanto possibile le conseguenze della violazione (*restitutio in integrum*) e che non siano state attuate soluzioni alternative, quali la concessione della grazia presidenziale». Allo stesso modo, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nella Risoluzione n. 1516 (2006) - adottata il 2 ottobre 2006, in materia di attuazione delle sentenze della Corte Edu - ha deplorato la circostanza che «in Italia, e, in una certa misura, in Turchia, la legge non prevede ancora la riapertura dei processi penali per i quali la Corte abbia constatato violazioni alla Cedu e questi due Stati non hanno adottato altre misure per ripristinare il diritto dei ricorrenti ad un equo processo malgrado le domande pressanti e ripetute del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea».

costituzionale giunge ad una dichiarazione di incostituzionalità della norma processuale, valutando quindi che l'obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte Edu debbano prevalere su un principio seppur importante quale quello del giudicato.

In particolare viene dichiarata la incostituzionalità dell'art. 630 cod. proc. pen., nella parte in cui non contemplava un «diverso» caso di revisione, rispetto a quelli fin allora regolati, volto specificamente a consentire la riapertura del processo, quando la stessa risulti necessaria, ai sensi dell'art. 46, 1. Cedu, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Edu ([sent. 113/2011](#)).

La Corte ha attribuito ai giudici il compito di valutare anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli, mentre ha sottolineato come il legislatore resti ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina – recata anche dall'introduzione di un autonomo e distinto istituto – il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali la Corte non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali (quale, ad esempio, la previsione di un termine di decadenza per la presentazione della domanda di riapertura del processo, a decorrere dalla definitività della sentenza della Corte europea).

La surricordata decisione è stata unanimemente apprezzata da parte della dottrina, la quale ha affermato come la Corte non sia limitata ad “importare un prodotto” del sistema convenzionale, ma abbia “eliminato una barriera doganale” tra i due ordinamenti (Cartabia) o come la cedevolezza del giudicato possa essere intesa con riferimento al meta principio della massimazione della tutela, consentendo così alla Costituzione italiana di dare il meglio di se stessa (Ruggeri [2]).

Rifacendosi alla surricordata decisione, è stata sollevata una nuova questione di costituzionalità attraverso la quale è stato chiesto alla Corte costituzionale di estendere la conclusione raggiunta con riguardo al processo penale, anche ai processi civili ed amministrativi.

La Corte ([sent. 123/2017](#)) non ha accolto la questione, rilevando come nella giurisprudenza della Corte Edu non emerge, nelle materie diverse da quella penale, un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo e come si ponga in materia civile ed amministrativa il problema del rispetto del contraddittorio, dal momento che il giudizio davanti alla Corte Edu si svolge in contraddittorio tra il ricorrente e lo stato autore della violazione, con la presenza solo eventuale degli altri soggetti che hanno preso parte al giudizio interno²⁰.

8. *Segue: Gli ostacoli di carattere normativo, la presenza di una legge che ha determinato la violazione della Cedu o impeditiva del risultato richiesto dalla Corte Edu. Il diverso ruolo di giudici, Corte costituzionale e legislatore. L'esecuzione della sentenza nei confronti della parte vincitrice a Strasburgo e la diversa posizione dei soggetti che si trovano nella stessa situazione sostanziale.*

Il secondo tipo di ostacolo alla esecuzione di una sentenza della Corte Edu che richieda modifiche strutturali al fine della *restitutio in integrum* può essere rappresentato dalla presenza di una normativa nazionale alla quale può essere fatta risalire la violazione della Cedu o che comunque si ponga in contrasto con il perseguimento del risultato richiesto dalla Corte Edu.

In proposito sembra necessario distinguere a seconda che si tratti di dare esecuzione alla sentenza Edu nei confronti della parte risultata vincitrice nel giudizio convenzionale oppure di soggetto diverso che si trova nella stessa o in analoga situazione.

In questo secondo caso potremmo ulteriormente distinguere tra i soggetti che hanno un giudizio

²⁰ La Corte costituzionale rileva come ai soggetti che hanno preso parte al giudizio nazionale non deve neppure essere notificato il ricorso alla Corte Edu e come sia rimesso (art. 36.2 Cedu) alla valutazione discrezionale del presidente della stessa Corte di “invitare” “ogni persona interessata a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze”. La Corte osserva altresì come “una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi – per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte Edu – renderebbe più agevole l'opera del legislatore nazionale”, nel senso di superare il giudicato pure in materia civile ed amministrativa.

pendente a Strasburgo (che potrebbero beneficiare di una sentenza-pilota) o soggetti che invece non hanno fatto ricorso ed ancora tra soggetti appartenenti allo stesso stato condannato dalla sentenza della Corte Edu oppure ad altro stato.

Nel primo caso (parte vincitrice a Strasburgo) lo stato è senza dubbio tenuto, ai sensi dell'art. 46 Cedu a dare esecuzione alla sentenza di condanna della Corte Edu, ma a fronte di una legislazione interna contrastante ci si è chiesti chi possa (o debba) intervenire (giudice, Corte costituzionale, legislatore) e quali poteri in proposito possano essere loro riconosciuti.

La tesi, a mio avviso, più convincente è quella che ritiene, in questo caso, che il giudice sia legittimato a dare esecuzione alla sentenza europea, in quanto la presenza della stessa viene a determinare un elemento nuovo, a livello normativo, che viene ad integrare la "regola" che il giudice deve applicare al caso concreto.

Alla regola generale ed astratta della legge, alla quale il giudice è costituzionalmente soggetto, si sostituisce una regola specifica derivante dalla sentenza di condanna e dall'art. 46 Cedu ed al criterio gerarchico subentra quello di specialità (Padula).

In considerazione di ciò il giudice non procede quindi ad una disapplicazione, bensì ad applicare una nuova regola e questo, come è stato rilevato da Repetto [2], può avvenire alla presenza di quattro presupposti: a) che il ricorrente sia il soggetto vittorioso a Strasburgo, potendo solo lui beneficiare dell'art. 46 Cedu; b) che esista, nell'ordinamento nazionale, un rimedio interno che consenta alla parte di portare la sua causa davanti ad un giudice; c) che la sentenza della Corte Edu sia di natura autoapplicativa, ossia che il risultato possa essere raggiunto senza la necessità di una disciplina di dettaglio e non ponga una pluralità di possibili soluzioni; d) che la "regola" convenzionale non sia in contrasto con i principi costituzionali.

Qualora invece non si tratti del soggetto vittorioso a Strasburgo, non esista un rimedio davanti ad un giudice, la sentenza non sia autoapplicativa o la regola contrasti con principi costituzionali, il giudice deve sollevare una questione di costituzionalità e solo l'intervento della Corte costituzionale può superare l'ostacolo rappresentato da una legge.

Per questo si parla in dottrina della esistenza di un "doppio binario" per la esecuzione delle sentenze della Corte Edu.

In proposito, come detto, potremmo quindi non utilizzare la nozione di disapplicazione, non riconosciuta appunto al giudice con riguardo all'ordinamento Cedu e neppure quella di interpretazione conforme (Malfatti). Non sembra infatti condivisibile la possibilità di distinguere la nozione di interpretazione conforme ed i limiti che essa incontra in particolare nei riguardi del testo normativo, a seconda che questa sia utilizzata dal giudice "a monte" (prima della sentenza della Corte Edu) oppure "a valle" (per dare esecuzione alla stessa), nel senso che nel secondo momento dovrebbe ritenersi aumentata la carica prescrittiva dell'interpretazione conforme, tale da potersi spingere molto più avanti rispetto alla medesima operazione esercitata nel primo momento.

Pare invece corretta, sulla base di quanto abbiamo appena detto, l'impostazione (Malfatti) secondo cui la sentenza Edu introdurrebbe un "*novum*" normativo che non poteva fin allora essere preso in considerazione dai giudici nazionali e che consente loro di completare la tutela.

Venendo adesso al caso di soggetti che vengono a trovarsi nella stessa situazione del ricorrente, ma che non hanno ricorso o non hanno comunque ottenuto una decisione della Corte Edu, mentre si esclude che una sentenza di condanna nei confronti di uno stato diverso, differente è all'interno dello stato condannato, quando si tratti di una decisione che concerna una situazione strutturale.

In Italia il caso si è posto e si è giunti ad una conclusione, che possiamo esporre attraverso la ricostruzione del noto [caso Scoppola](#).

La Corte Edu ([sent. 17 settembre 2009, sul caso Scoppola](#)) aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 7.1 Cedu, dichiarando che lo stato italiano era tenuto ad assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente fosse sostituita con una pena non superiore a quella della reclusione ad anni trenta.

La decisione era stata eseguita dalla Corte di cassazione (sent. 28 aprile 2010 n. 16507), la quale aveva proceduto ad annullare direttamente la sentenza precedente passata in giudicato, giudicando "ineseguibile" il giudicato "per il fatto nuovo" della sentenza europea, stante la assoluta chiarezza

della medesima e l'obbligo per lo stato italiano discendente dall'art. 46 Cedu.

Di fronte alla richiesta di applicazione della stessa soluzione anche ad altri soggetti che si trovavano nella stessa, identica situazione di Scoppola, ma che non avevano ricorso a Strasburgo, la cassazione aveva in alcuni casi proceduto ad estendere loro la stessa soluzione, mentre le sezioni unite della cassazione hanno deciso di sollevare questione di costituzionalità (ord. 10 settembre 2012), trovando un vincolo insormontabile alla suddetta estensione nel chiaro tenore letterale della legge, che non consentiva un simile risultato.

La Corte costituzionale ([sent. 210/2013](#)) ha ritenuto corretta l'applicazione diretta operata dalla Cassazione nei confronti di Scoppola ed altresì che la sentenza Edu debba trovare applicazione anche nei casi che presentano le medesime caratteristiche, senza che occorra per gli stessi una specifica pronuncia della Corte Edu.

Circa le modalità attraverso le quali pervenire a tale risultato, la Corte rileva che esiste una "radicale differenza" tra chi è destinatario di una decisione della Corte Edu e quanti invece, pur trovandosi nella stessa situazione sostanziale, non lo sono. In questo secondo caso, non potendo il giudice procedere ad una disapplicazione della normativa nazionale, egli è tenuto a sollevare la questione di costituzionalità in modo da consentire la eliminazione della stessa ad opera della Corte costituzionale²¹.

9. Un appunto per riflettere su alcune ipotesi future: a) la adesione della Unione europea alla Cedu; b) l'entrata in vigore della pregiudizialità convenzionale di cui al Protocollo XVI; c) le possibili riforme del sistema italiano di giustizia costituzionale per un più proficuo dialogo con le Corti europee: il ricorso individuale diretto ed il passaggio ad un sistema "duale".

Per concludere vorrei svolgere, in maniera sintetica e solo come una specie di appunti sui quali poter riflettere in altra occasione, alcune considerazioni circa le prospettive future del tema trattato in questo scritto, ovviamente sempre con particolare riferimento alla situazione italiana.

Vorrei riferirmi in particolare a tre aspetti: a) la previsione della adesione alla Cedu da parte della Unione europea; b) la recentissima entrata in vigore del Protocollo XVI della Cedu; c) le possibili riforme del sistema di giustizia costituzionale italiano allo scopo di meglio adeguarlo alle relazioni che in questi anni si sono venute instaurando con la Corte Edu (e pure con la Corte di giustizia).

Sul primo aspetto è, come noto, ancora in attesa di attuazione la previsione dell'art. 6.2 del Trattato di funzionamento della Ue che prevede l'adesione della Ue alla Cedu, precisando che ciò non comporterà modificazioni alle competenze definite nei trattati.

Fermi restando il ruolo e le funzioni esercitate dalla Corte di giustizia, pare doversi prevedere che la Corte Edu dovrebbe assumere la competenza a giudicare del rispetto della Convenzione non solo da parte degli stati, ma altresì da parte della Unione, con la conseguenza di trovarsi a dover interpretare anche il diritto Ue ed a giudicare anche sopra una sentenza della Corte di giustizia per supposta violazione della Cedu.

Sul punto è conosciuta la posizione nettamente negativa espressa da quest'ultima nel [parere del 18 dicembre 2014](#), nel quale si chiedeva, tra l'altro, che per qualsiasi procedimento davanti alla Corte Edu che avesse ad oggetto il diritto eurounitario, dovesse essere trasmessa una informazione completata e sistematica agli organi della Unione europea, al fine di verificare se la Corte di giustizia si fosse o meno pronunciata sulla interpretazione corretta e, nel caso che ciò non fosse avvenuto, di attivare la relativa procedura. In caso contrario la competenza della Corte medesima risulterebbe pregiudicata.

Certamente ci sono già tutte le premesse per ritenere che, se mai la disposizione fosse attuata, i

²¹ Gli stessi principi sono stati successivamente confermati dalla Corte costituzionale, con riguardo alla disciplina nazionale sulla procreazione medicalmente assistita, relativamente alla possibile diagnosi reimpianto alle coppie non sterili che siano portatrici sane di malattie geneticamente trasmissibili. Trattasi della esecuzione della [decisione della Corte Edu 28 agosto 2012, sul caso Costa e Pavan](#) e della conseguente pronuncia della Corte costituzionale [96/2015](#).

rapporti tra le due Corti europee, con inevitabili ricadute anche sui giudici nazionali, avrebbero la necessità di trovare un nuovo equilibrio, dovendosi, tra l'altro, anche conciliare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia con il carattere sussidiario del ricorso alla Corte Edu (A. Randazzo).

Oltre al rapporto "tra Corti", con quasi certezza verrebbe a porsi altresì un rapporto "tra Carte", ossia tra la Cedu e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

E' stato osservato (Cardone) che le norme dei trattati cui la Ue aderisce vengono a collocarsi allo stesso livello dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione, quindi in una posizione intermedia tra i Trattati ed il diritto derivato. Di conseguenza la Carta dei diritti, alla quale è riconosciuto lo stesso valore formale dei Trattati, verrebbe ad essere collocata in una posizione, formalmente, superiore rispetto alla Cedu, che verrebbe collocata al livello dei principi generali.

Circa i problemi che potrebbero derivare dalla suddetta adesione, uno sarebbe certamente legato alla possibilità di procedere ad una diretta disapplicazione della legge nazionale in contrasto con la Cedu, a seguito delle avvenute "comunitarizzazione" della stessa, con conseguente estensione del medesimo regime.

Come ho già ricordato, la Corte costituzionale ([sent. 80/2011](#)) ha escluso che, sulla base dell'art. 6.2 del Trattato i giudici possano procedere alla disapplicazione, ma la motivazione si è fondata principalmente sulla mancata attuazione di tale disposizione, per cui la questione si verrebbe certamente a riproporre, una volta che la disposizione fosse attuata.

Il secondo aspetto riguarda invece un istituto non solo previsto, ma seppure recentissimamente già attuato, vale a dire la possibilità di richiedere alla Corte Edu pareri consultivi su questioni di principio relative alla interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Cedu o dai suoi protocolli²².

Molte sono le aspettative riposte in questo strumento per un miglioramento delle relazioni tra corti, specie per evitare ricorsi alla Corte Edu o prevenire condanne, con riguardo ad esempio a violazioni di natura strutturale, realizzando una sorta di sentenze-pilota anticipate, come ha sostenuto il Presidente della Corte Edu Raimondi, nella intervista rilasciata a Diletta Tega²³.

Nonostante che l'oggetto dei pareri siano "questioni di principio", pare indubbio che l'istituto debba configurarsi come una questione pregiudiziale, e quindi concreta, stante la previsione che il parere può essere richiesto "solo nell'ambito di una causa pendente dinanzi" all'autorità richiedente e che questa "deve motivare la richiesta di parere e produrre gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente".

Stante la natura di pregiudiziale, inevitabile che verrà a porsi un problema di collocazione della stessa in rapporto alle altre due pregiudiziali già operanti nell'ordinamento italiano, ossia quella costituzionale davanti alla Corte costituzionale e quella eurounitaria davanti alla Corte di giustizia²⁴.

Nel disegno di legge presentato dal governo italiano per la ratifica del protocollo XVI, l'autorità richiedente il parere ha solo la facoltà (e non l'obbligo) di sospendere il giudizio in corso in attesa del parere.

La cosa appare assai discutibile, dal momento che la richiesta viene avanzata con riguardo ad uno specifico procedimento in corso, per cui appare paradossale che, dopo aver richiesto il parere, il

²² Il Protocollo XVI alla Cedu infatti, a seguito della avvenuta ratifica ad opera della Francia, è entrato in vigore a partire dal 1° agosto 2018. Ai sensi dell'art. 8 dello stesso erano richieste infatti dieci ratifiche adesso raggiunte con dieci paesi che hanno depositato la ratifica, ossia Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina. L'Italia ha firmato il protocollo all'atto dell'apertura della procedura ma non ha ancora depositato lo strumento di ratifica.

²³ Il Presidente Raimondi rivela, come all'interno della Corte Edu, vi siano giudici favorevoli e contrari alle previsioni del protocollo XVI, specie per il timore di un aumento del carico di lavoro. Raimondi si dichiara favorevole in quanto lo ritiene uno strumento che aumenta le possibilità di dialogo con le corti nazionali e perché, in questa sede, la Corte Edu può riuscire ad esprimere principi generali, mentre nella sua normale attività si trova a decidere solo su casi specifici.

²⁴ In proposito proprio di recente la Corte costituzionale ha proceduto ad una rilevante integrazione della propria giurisprudenza a proposito della c.d. doppia pregiudizialità (costituzionale ed eurounitaria). Fino ad allora infatti la giurisprudenza costituzionale era assolutamente consolidata nel richiedere la priorità del ricorso a Lussemburgo, mentre con la [sent. 267/2017](#) ha ritenuto che, allorché venga in considerazione una disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la priorità spetti invece alla Corte costituzionale.

giudice proceda comunque senza attendere la risposta della Corte Edu, con il rischio di decidere in maniera difforme rispetto a quello che poi sarà il parere reso.

Momento di decisiva importanza sarà quello della identificazione delle “autorità giudiziarie” legittimate a richiedere il parere, rimessa alle scelte di ciascuna alta parte contraente, quindi alle scelte discrezionali del potere politico.

Nella proposta di legge del governo italiano tra le autorità giudiziarie non figura, quasi incredibilmente, la Corte costituzionale, il che produrrebbe una grave limitazione alle finalità perseguite dall’istituto dei pareri preventivi di cui al protocollo XVI²⁵.

La natura solo facoltativa della richiesta di pareri e soprattutto il carattere non vincolante del parere sono elementi che dovranno essere poi verificati attraverso la prassi e l’applicazione pratica dell’istituto, potendosi anche verificare che tali caratteri assumano poi in realtà una portata esattamente opposta a quella risultante dalla lettera del Protocollo.

Sul terzo aspetto, relativo a possibili riforme per adeguare il sistema italiano attuale di giustizia costituzionale alle esigenze derivanti dal rapporto con le altre Corti, un noto costituzionalista italiano (Amato) si è chiesto se siano davvero utili tre diversi ordinamenti con tre differenti Corti a garantirne l’osservanza e quale sia la loro funzione.

A questa domanda possiamo dare una risposta positiva se il rapporto tra le diverse Corti ed i diversi giudici sia quello di dialogo e di integrazione reciproca, tenendo fermo come scopo quello, un po’ da tutti condiviso, della massima tutela dei diritti fondamentali²⁶.

Non altrettanto se invece si dovessero verificare inutili sovrapposizioni e quindi inevitabili contrasti.

A quest’ultimo proposito Marta Cartabia ha parlato di “crisi”, con riguardo alla situazione di sovrapposizione fra la Corte costituzionale e la Corte Edu, ponendo giustamente in rilievo la necessità di indicare un ordine dei rapporti tra le due Corti.

Esclusa un po’ da tutti la possibilità di far ricorso in proposito al criterio gerarchico e quindi di predisporre una sistemazione gerarchica delle diverse corti, il criterio da seguire pare correttamente essere stata individuata in quello di stabilire un ordine di accesso e di intervento in campo dei diversi protagonisti, evitando di individuare quello più importante in base al fatto che si tratti di colui o colei che parla per ultimo.

In questo senso potremmo ritenere, con Cartabia, che sia preferibile che il Giudice costituzionale sia quello che interviene per primo, perché più vicino alla questione e perché opera attraverso uno strumento (il giudizio in via incidentale) che unisce la visione oggettiva con quella soggettiva e quindi viene a collocarsi nella posizione migliore.

Utilissimi allora la previsione di strumento idonei ad agevolare il dialogo e la integrazione fra le differenti giurisprudenze (fra cui certamente il nuovo ricorso, ai sensi del protocollo XVI), per la realizzazione di quella interpretazione “circolare” da tempo sostenuta da Antonio Ruggeri, secondo cui nessun ordine gerarchico può porsi tra le differenti interpretazioni conformi, dovendo ognuna apprezzare quanto di più o di meglio ogni Carta (e quindi ogni Corte) può dare.

Il molto tempo trascorso dal momento in cui in Italia furono fatte le scelte a favore del sistema di giustizia costituzionale attualmente operante e, più recentemente, i nuovi e diversi problemi posti dalla tutela sovranazionale e la necessità di introdurre strumenti idonei a meglio raccordarsi tra i diversi livelli di tutela, portano quindi ad interrogarsi sulla opportunità o necessità di procedere ad una integrazione del sistema attuale.

Una sollecitazione potrebbe derivare dalla giurisprudenza precedentemente ricordata della Corte

²⁵ Le richieste di parere consultivo possono infatti essere richieste dalle seguenti autorità giudiziarie: Corte di cassazione; Consiglio di Stato; Corte dei conti; Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana. L’esclusione della Corte costituzionale è stata quasi unanimemente criticata, così ad esempio è stata giudicata “sorprendente” da Groppi e “deplorabile” da Cartabia.

²⁶ Giuliano Amato, nello scritto ricordato nel testo, rileva come non è necessario scegliere tra diritto europeo e tradizioni nazionali dei diritti, ma dobbiamo capire che oltre un certo limite l’uniformità non può andare, ma oltre un certo limite le diversità distruggono la nostra unità, tra le due istanze è quindi necessario trovare un equilibrio.

Edu a proposito della introduzione in Italia di un ricorso individuale diretto, tale da poter essere qualificato come uno dei ricorsi che necessariamente debbono essere esercitati prima di adire la Corte Edu in nome del principio di sussidiarietà e tale quindi da permettere alla Corte costituzionale di pronunciarsi prima della Corte Edu.

Nella discussione avutasi in Italia circa l'introduzione di un ricorso diretto personalmente resto ancora dell'avviso che una valutazione, nell'insieme, dei costi e benefici, si risolva in senso contrario alla introduzione del ricorso diretto, almeno nella sua ampia definizione dell'amparo costituzionale spagnolo (Carrillo-Romboli).

Sarebbe infine possibile pensare, come ho proposto in altra occasione (Romboli), ad una trasformazione del modello italiano da "misto" a "duale", caratterizzato cioè dalla convivenza di un controllo diffuso e di un controllo accentrato, diversamente tra loro coordinati.

E' l'esperienza presente, in forme diverse, in Portogallo, in Brasile ed in Perù, dove ad un modello originariamente diffuso è stato successivamente "aggiunto" quello accentrato, senza con ciò però eliminare il primo.

Nel nostro caso l'esperienza dovrebbe all'evidenza seguire il percorso inverso, vale a dire "aggiungere" il modello diffuso a quello accentrato adesso esistente.

A fronte di un supposto contrasto tra legge o atto avente forza di legge nazionale rispetto alla Costituzione, alla Cedu o al diritto dell'Ue, la posizione del giudice dovrebbe essere sempre la stessa, ponendo cioè l'alternativa tra la disapplicazione e la proposizione della questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale.

Quest'ultima verrebbe in tal modo ad assumere un ruolo fondamentale di raccordo a livello interno circa la interpretazione della Costituzione e della legge alla luce della stessa e soprattutto di interlocutore attivo e privilegiato nei riguardi delle Corti europee, rispetto alle quali potrebbe con maggiore efficacia far valere le esigenze e le posizioni emergenti a livello nazionale, quanto a tradizioni costituzionali ed al margine di apprezzamento statale.

10. Nota bibliografica.

L'ampiezza della letteratura in materia non consente neppure di operare una selezione della stessa, per cui mi limito a riportare gli estremi dei soli Autori citati nello scritto:

AMATO G., *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, Il Mulino, 2015

CARDONE A., *Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e disapplicazione della legge: appunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di stato*, in Padula C. (cur.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, E.S., 2016, 65 ss.

CARRILLO M., ROMBOLI R., *La reforma del recurso de amparo*, Fundacion Coloquio juridico europeo, Madrid, 2012

CARTABIA M., *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, in Padula C. (cur.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo cit.*, 229 ss.

CONTI R., [La Cedu assediata?](#), in questa [Rivista](#), [Studi](#), [2015/I](#), 181 ss.

GROPPI T., *La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne*, in [Federalismi.it](#), 2016/21

LAMARQUE E., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo a uso dei giudici italiani*, in Padula C. (cur.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo cit.*, 139 ss.

MALFATTI E., *L'interpretazione conforme nel "seguito" alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, 1288 ss.

PADULA C., *La Corte Edu e i giudici comuni, nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in Padula C. (cur.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo cit.*, 159 ss.

PASSAGLIA P. (GIOVANNETTI T.), *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*,

in Romboli R. (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, 313 ss.

RANDAZZO A., *La tutela dei diritti fondamentali tra Cedu e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2017

REPETTO G. [1], *Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Cassetti L. (cur.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, Jovene, 2012, 21 ss.

REPETTO G., [2], *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio binario'*, in *Diritto pubblico*, 2014, 1075 ss.

ROMBOLI R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), Rassegna n. 3/2014

ROSSI P., *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte Edu: quale vincolo per il giudice italiano?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2018)

RUGGERI A., [1] *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 1/2018, 5 febbraio 2018

RUGGERI A., [2] *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 2015/2

SILVESTRI G., *Considerazioni conclusive*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2018

SORRENTI G., *Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. 49/2015 che ridefinisce i rapporti fra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 7 dicembre 2015.

TEGA D., *Corte di Strasburgo e stati: dialoghi non sempre facili. Intervista di Diletta Tega a Guido Raimondi*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 463 ss.

ZAGREBELSKY V., *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, 357 ss.