

Rivista N°: 2/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 29/05/2015

AUTORE: Barbara Randazzo *

INTERPRETAZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI AI FINI DELL'ESECUZIONE (GIUDIZIARIA) E INTERPRETAZIONE DELLA SUA GIURISPRUDENZA AI FINI DELL'APPLICAZIONE DELLA CEDU**

1. Premessa. – 2. L'interpretazione degli obblighi di conformazione di cui all'art. 46 (e 41) CEDU nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – 3. ...e le approssimazioni delle Corti interne: la conformazione oltre l'esecuzione. L'esclusione della forza vincolante (diretta) della sentenza europea in casi analoghi a quello deciso. – 4. L'ipotesi di accertamento, ai fini della dichiarazione di violazione, della non conformità a Convenzione della legge interna: il margine di apprezzamento del legislatore e della Corte costituzionale. – 5. L'interpretazione della giurisprudenza europea: l'ambiguo riferimento al "principio di diritto", la centralità della tecnica del distinguishing e della ricostruzione della fattispecie. – 6. Segue: chiarimenti in ordine al vincolo derivante dalla cd. "well-established case law" e alla libertà del giudice di fronte agli "orientamenti non definitivi" come enunciati dal Giudice delle leggi. – 7. Conclusioni: interpretazione delle sentenze europee e controlimiti: a rischio la tenuta del modello delle sentenze gemelle?

1. Premessa

A quasi otto anni dalle sentenze "gemelle" del 2007 (n. 348 e n. 349) - che com'è noto hanno definito il rango della CEDU nell'ordinamento interno ed il sistema dei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Strasburgo – appare opportuno soffermarsi sulla giurisprudenza successiva che ha contribuito a precisare la posizione e il ruolo del giudice comune in un siffatto assetto.

Due sono gli ambiti che hanno dato luogo alle problematiche di maggiore rilievo: l'esecuzione delle sentenze dichiarative di violazione della CEDU rese nei confronti del nostro Paese e l'interpretazione della giurisprudenza europea. Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, paiono utili alcuni chiarimenti sui criteri indicati dal Giudice delle leggi nella recentis-

* Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Milano — barbara.randazzo@unimi.it

** Il presente scritto è destinato agli Studi in onore di Gaetano Silvestri.

sima sentenza n. 49 del 2015 con la quale ha dichiarato inammissibili, per erroneità delle premesse interpretative, le questioni di costituzionalità in materia di confisca sollevate sull'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. integrato dalla sentenza *Varvara c. Italia* della Corte EDU¹.

Naturalmente tali chiarimenti si rendono indispensabili nell'ottica di una volontà di mantenimento del modello delle gemelle², mentre potrebbero risultare superflue in una prospettiva di superamento del modello³, come si avrà modo di precisare nelle conclusioni del presente lavoro.

Pare opportuno osservare subito, per quanto possa apparire di tutta evidenza, che i due ambiti di indagine si distinguono per il diverso approccio nei confronti delle sentenze della Corte europea: se con riguardo all'esecuzione assume una rilevanza centrale, com'è ovvio, il contenuto di ciascuna pronuncia dichiarativa di violazione, con riguardo invece all'applicazione della giurisprudenza vengono in rilievo, non già le pronunce prese singolarmente, bensì gli *orientamenti* della Corte europea.

Meritano di essere segnalate sin d'ora alcune aporie nei tentativi di elaborazione da parte delle giurisdizioni (e di certa dottrina) italiane di un linguaggio relativo alla giurisprudenza europea, che non sembra rispondente alla natura del giudizio dalla quale essa promana e che dà l'impressione di essere il frutto di una conoscenza ancora episodica del modo di ragionare del giudice europeo.

Basti ricordare il ricorso alla nozione di "*principio di diritto*" che se ben si attaglia all'attività del Giudice della legittimità, giudice *del diritto* appunto, il quale non si pronuncia sui fatti all'origine della controversia, non restituisce la stretta connessione tra il caso e i principi che connota invece l'attività della Corte *dei diritti*.

2. L'interpretazione degli obblighi di conformazione di cui all'art. 46 (e 41) CEDU nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo

Sullo sfondo delle problematiche che si intendono affrontare sta la portata degli *obblighi di conformazione* al sistema della Convenzione come precisati dalla giurisprudenza europea relativa agli artt. 41 (*Equa soddisfazione*) e 46 (*Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*) CEDU.

Proprio a partire dalla lettura dei passaggi concernenti le due disposizioni convenzionali richiamate contenuti nelle sentenze dichiarative di violazione di uno qualunque dei diritti garantiti dalla CEDU, l'interprete è messo in grado di apprezzare la natura degli effetti della specifica sentenza esaminata.

¹ Seconda sezione, Sentenza 29 ottobre 2013.

² Come pare desumersi dal commento alla sentenza n. 49 di M. BIGNAMI (in *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica come occasione per la nascita del diritto vivente europeo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, rivista online, 2015), il quale, in qualità di assistente di studio del giudice che ha redatto la pronuncia, è senz'altro ben informato.

³ Così F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

Scorrendo la magmatica giurisprudenza europea si nota, infatti, che vi sono casi in cui la Corte di Strasburgo si limita ad accertare la violazione del diritto e ritiene che ciò sia sufficiente ai fini della riparazione⁴; in altri casi, quando non adotta una sentenza *ad hoc* sull'equa soddisfazione, la Corte si pronuncia sul merito e insieme, se vi è stata istanza del ricorrente in tal senso, sull'equa soddisfazione da liquidare ex art. 41 CEDU⁵, escludendola nelle ipotesi in cui manchi la richiesta⁶ o la richiesta non sia stata debitamente documentata⁷. Altre pronunce, sebbene non adottate con la procedura di sentenza pilota, sono corredate da un'ampia ricostruzione degli orientamenti consolidati sugli artt. 41 e 46 CEDU, e ne fanno applicazione nel caso di specie, eventualmente identificando cause strutturali o sistemiche di violazione⁸, e indicando talora nel dispositivo la misura individuale da adottare⁹. Infine vi sono le cosiddette *sentenze pilota* in senso stretto, vale a dire quelle che definiscono ricorsi seriali, rese a seguito dell'applicazione della procedura disciplinata dall'art. 61 Reg. Corte. In esse, oltre alla precisa indicazione delle cause strutturali della violazione e delle misure individuali e generali che lo Stato è tenuto ad adottare per ottemperare agli obblighi di conformazione discendenti dall'art. 46 CEDU, si trovano, tra l'altro, ulteriori statuizioni (in genere nel dispositivo) concernenti la sospensione dell'esame degli analoghi ricorsi già pendenti e la fissazione di un termine per la rimozione delle cause dalle quale dipendono le violazioni seriali¹⁰.

In ogni caso, va sottolineato, nessuna pronuncia della Corte europea reca un vero e proprio dispositivo di "condanna": tutte contengono la formula della dichiarazione di violazione ed eventualmente dell'obbligo di pagare una certa somma o di adottare determinate misure.

Della varietà di tipologie di effetti "gradati" che la Corte europea tuttora attribuisce a ciascuna pronuncia si trova traccia da ultimo, ad esempio, nel recentissimo caso *Cestaro c. Italia*¹¹, in cui si accerta la violazione strutturale dell'art. 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti) sia sotto il profilo procedurale che materiale con riguardo agli episodi di violenza occorsi durante il G8 di Genova presso la scuola Diaz. Sotto il profilo dell'art. 46, la Corte di Strasburgo reputa necessario, nella specie, che l'ordinamento interno si doti di uno strumento giuridico atto a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura e di maltrattamenti¹². Con l'occasione il Giudice europeo ribadisce i principi che reggono la fase

⁴ Si v. es. *Saadi c. Italia*, sentenza 28 febbraio 2008, punto n. 4 del dispositivo.

⁵ Cfr. es. *Contrada c. Italia (N.3)*, sentenza 14 aprile 2015, §§ 77-88 e *Centro Europa 7 s.r.l. e Di Stefano c. Italia*, GC, sentenza 7 giugno 2012, §§ 200-227.

⁶ Così ad. es. *Gallardo Sanchez c. Italia*, sentenza 24 marzo 2015, §§ 52-53.

⁷ Cfr. es. *Antonio Messina c. Italia*, sentenza 24 marzo 2015, §§ 65-68.

⁸ Così ad. es. da ultimo *Cestaro c. Italia*, sentenza del 7 aprile 2015, §§ 237-253.

⁹ Cfr. *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014, §§ 230 ss., e spec. punto n. 6 del dispositivo.

¹⁰ Si v. es. *Torreggiani e altri c. Italia*, sentenza 8 gennaio 2013, §§ 80-109 e spec. le puntuali statuizioni contenute dispositivo.

¹¹ Cit.

¹² Cit. § 246.

di esecuzione delle sentenze dichiarative di violazione: se il diritto nazionale non permette di rimuovere le conseguenze che in modo imperfetto, l'art. 41 consente alla Corte di accordare alla parte la somma che reputa appropriata a titolo di equa soddisfazione. Ne discende che lo Stato ritenuto responsabile di una violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli è chiamato non solamente a versare agli interessati le somme liquidate a titolo di equa soddisfazione, ma a scegliere altresì, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e individuali da adottare nell'ordinamento interno¹³, in piena libertà, con il solo limite della loro *compatibilità con le conclusioni contenute nella sentenza*¹⁴. Questo potere di apprezzamento delle modalità di esecuzione di una sentenza è espressione della libertà di scelta implicita nell'obbligazione primaria imposta dall'art. 1 della Convenzione agli Stati contraenti: garantire ad ogni persona il rispetto dei diritti e delle libertà in essa enunciati¹⁵. Ciononostante, *eccezionalmente*, per aiutare lo Stato convenuto ad assolvere alle sue obbligazioni ex art. 46 CEDU, la Corte può indicare i *tipi di misure* da adottare per far cessare la violazione strutturale che ha constatato. In questo contesto, *può formulare una pluralità di opzioni la cui scelta e realizzazione restano affidate alla discrezionalità dello Stato*¹⁶. Talora, però, allorché la natura stessa della violazione constatata non offre in realtà alcuna scelta tra diverse misure astrattamente suscettibili di porvi rimedio, la Corte può decidere di indicare *una sola misura*¹⁷.

Se in questi casi l'interprete ha già indicazioni precise in ordine alle modalità di esecuzione della sentenza, quando invece la scelta delle misure da assumere resti rimessa allo Stato, sotto la sorveglianza del Comitato dei ministri, sembra opportuno attendere una risoluzione *ad hoc* dell'organo europeo che identifichi siffatte misure prima di mettere in esecuzione la sentenza, al fine di garantire certezza ed uniformità nell'interpretazione della sua portata e dei suoi effetti. Ciò appare indispensabile soprattutto nei casi in cui la portata della pronuncia presenti particolari difficoltà interpretative ovvero vi sia una molteplicità di misure idonee a soddisfare gli obblighi di conformazione, come accade non di rado quando la violazione accertata dalla Corte europea dipende da una previsione o da una lacuna legislativa. [In proposito occorrerà indulgiare sugli effetti del sindacato sulla legge operato dalla Corte europea *ai limitati fini dell'accertamento della violazione del diritto convenzionale invocato*: si approfondirà l'argomento più oltre, nel par. 4].

¹³ Cfr. §§ 239 - 241. I riferimenti sono ai casi *Del Rio Prada c. Spagna*, GC, sentenza 21 ottobre 2013, § 137; *Maestri c. Italia*, GC, sentenza del 2004, § 47; *Assanidzé c. Georgia*, GC, sentenza 8 aprile 2004, § 198 e *Ilaşcu e autres c. Repubblica di Moldavia e Russia*, GC, sentenza 8 luglio 2004, § 487.

¹⁴ I riferimenti della Corte sono, *inter alia*, a *Scozzari e Giunta c. Italia*, GC, sentenza 13 luglio 2000, §249; *Brumărescu c. Romania (equa soddisfazione)*, GC, sentenza 23 gennaio 2001, § 20; e *Öcalan c. Turchia*, GC, sentenza 12 maggio 2005, § 210.

¹⁵ Cfr. *Papamichalopoulos e altri c. Grecia* (equa soddisfazione), sentenza del 31 ottobre 1995, § 34.

¹⁶ Cfr. *Broniowski c. Polonia*, GC, sentenza 22 giugno 2004, § 194.

¹⁷ Cfr. ancora es. *Del Rio Prada*, cit., § 138 e *Assanidzé*, cit., §§ 202-203; *Alexanian c. Russia*, sentenza 22 dicembre 2008, § 240; *Fatullayev c. Azerbaigian*, sentenza 22 aprile 2010, §§ 176-177; *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, sentenza 9 gennaio 2013, § 208.

Soltanto nelle ipotesi in cui l'interpretazione della portata della sentenza non presenti aspetti problematici e vi sia un'unica misura individuale o generale da adottare per soddisfare le esigenze discendenti dal rispetto della Convenzione, pur in assenza di indicazioni al riguardo da parte della Corte o del Comitato dei Ministri, pare possibile sostenere che spetti alle autorità interne competenti l'immediata e diretta esecuzione della sentenza.

A parziale conclusione del ragionamento sin qui condotto: se si accetta in linea di principio che la fase di esecuzione - quando la Corte non abbia già individuato le misure da adottare - si apre con la prima risoluzione del Comitato dei Ministri, pare logico ritenere che una volta adottata una risoluzione finale la procedura esecutiva sia da ritenersi conclusa e che pertanto da quel momento non possano più invocarsi gli obblighi discendenti dall'art. 46 CEDU ai fini di una eventuale ulteriore integrazione dell'ordinamento nazionale, ma debba piuttosto farsi riferimento alle obbligazioni discendenti più in generale dall'art. 1 CEDU che vincola gli Stati contraenti al rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione.

Ancora: l'evoluzione in atto nel sistema di tutela dei diritti del Consiglio d'Europa sul piano della esecuzione delle sentenze impone una riflessione ulteriore volta a valorizzare il progressivo processo di "giurisdizionalizzazione" della fase di esecuzione delle sentenze, che all'origine l'art. 46 CEDU affidava al solo Comitato dei Ministri, mentre oggi, a seguito dell'entrata in vigore, nel 2010, del Protocollo n. 14, è affidata all'organo politico e alla Corte. Sulla base delle novità introdotte con i §§ 3-5 della disposizione convenzionale, la Corte può ora essere chiamata dal Comitato dei Ministri ad interpretare la sentenza qualora la sua esecuzione sia ostacolata da dubbi in ordine alla sua portata (§ 3) o ad avviare una sorta di "procedura di infrazione" nel caso in cui uno Stato si rifiuti di conformarsi ad una sentenza definitiva in una controversia di cui è parte (§ 4). La stessa Corte può rinviare al Comitato dei Ministri un caso allorchè constati una violazione degli obblighi di conformazione da parte dello Stato ritenuto responsabile della stessa (§ 5).

L'evoluzione del sistema convenzionale in tale direzione è stata avviata, lo si ricorderà, con la risoluzione del maggio 2004 con la quale il Comitato dei Ministri, su sollecitazione dei governi nazionali, invitò la Corte ad individuare in sentenza le cause della violazione sistemica o strutturale e ad indicare nella stessa la necessità di adottare misure generali al fine di accelerare e smaltire il consistente carico di ricorsi pendenti di tipo seriale. Da allora la Corte cominciò ad adottare la tecnica decisoria della violazione strutturale inaugurata con la nota sentenza *Broniowski*¹⁸.

Col Protocollo n. 11 e la conseguente eliminazione del filtro politico degli Stati rispetto alla giurisdizione della *nouvelle Cour*, e col passaggio dalla "monetarizzazione" dei diritti (per il tramite del riconoscimento della sola equa soddisfazione in caso di accertata violazione) alla *restitutio in integrum*, si è intensificata l'effettività delle garanzie dei diritti riconosciuti e si

¹⁸ Cit.

è sancito l'inserimento a pieno titolo del meccanismo di tutela tra i rimedi di natura giurisdizionale e non meramente politici¹⁹.

Si noti, *en passant*, che oggi le due obbligazioni previste come alternative dall'art. 41 CEDU (*restitutio* o equa soddisfazione) in concreto si cumulano: l'equa soddisfazione è riconosciuta anche allorchè l'adozione di misure individuali e/o generali sia idonea a rimuovere tutte le conseguenze della violazione, a titolo di risarcimento dei danni comunque subiti.

3. ... e le approssimazioni delle Corti interne: la conformazione oltre l'esecuzione. L'esclusione della forza vincolante (diretta) della sentenza europea in casi analoghi a quello deciso

L'articolata giurisprudenza della Corte europea sugli effetti delle pronunce dichiarative di violazione non sembra essere stata ancora "metabolizzata" dalle giurisdizioni nazionali nella sua complessità.

Dal quadro giurisprudenziale poc'anzi richiamato appare evidente anzitutto che l'interprete, in qualità di autorità dello Stato chiamato a dare esecuzione alla singola pronuncia, non può prescindere dalle statuizioni in essa contenute, invocando una presunta evoluzione generale della giurisprudenza europea sull'art. 46 CEDU: la giurisprudenza europea consolidata non pare consentire una siffatta generalizzazione.

Ad analizzare la giurisprudenza interna si ha l'impressione da un lato che i giudici tendano ad equiparare gli effetti delle pronunce della Corte a quelli delle risoluzioni del Comitato dei Ministri, e dall'altro che tendano ad attribuire, indistintamente, a tutte le sentenze dichiarative di violazione, gli effetti che la Corte attribuisce alle sole sentenze pilota ex art. 61 Reg. Corte o, al più, alle sentenze in cui riconosce espressamente che la violazione strutturale accertata richiede l'adozione di una misura generale.

Entrambe le tendenze non paiono condivisibili: la prima svilisce di fatto il significato delle modifiche introdotte dal 2010 all'art. 46 CEDU cui si è fatto cenno; la seconda generalizza un orientamento trascurando invece le differenze tra tipologie di pronunce e di effetti.

Non potendo darsi conto analiticamente, in questa sede, delle singole decisioni interne dalle quali si traggono le tendenze poc'anzi descritte, ci si soffermerà nel prosieguo soltanto su alcuni dei casi più noti che vedono coinvolte giurisdizioni diverse.

L'interpretazione della portata dell'art. 46 CEDU da parte del Giudice delle leggi si trae implicitamente da una pluralità di pronunce²⁰, e tuttavia viene messa in rilievo in particolare da due sentenze: la *n. 113 del 2011*, di esecuzione del caso *Dorigo*²¹, con la quale la Corte ha aggiunto un'ipotesi di revisione all'art. 630 c.p.p., accogliendo la relativa questione

¹⁹ Per approfondimenti al riguardo, volendo si v. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2012, 105 ss.

²⁰ Sia consentito al riguardo rinviare al *Cap. IV* (redatto da chi scrive) delle *Relazioni annuali* sulla giurisprudenza costituzionale degli anni 2012-2014, pubblicate sul sito ufficiale della Corte.

²¹ Si v. in particolare il punto n. 8 del considerato in diritto e, volendo, i rilievi già espressi in B. RANDAZZO, *op. cit.*, 190 ss.

di costituzionalità sollevata proprio in riferimento all'art. 46 CEDU, nell'ipotesi in cui sia intervenuto il giudicato europeo, e la *n. 210 del 2013*, concernente il seguito della sentenza *Scoppola (N. 2)*²². Nella specie il Giudice delle leggi era investito del problema degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui era stata riscontrata l'incompatibilità convenzionale, nei riguardi cioè di condannati che si trovavano nelle medesime condizioni del sig. Scoppola, ma che non avevano esperito il ricorso ex art. 34 CEDU e la cui vicenda processuale era stata definita con la formazione del giudicato non più suscettibile del rimedio convenzionale. Si ricordi che la Cassazione aveva dato diretta esecuzione alla sentenza *Scoppola*, sostituendo la pena dell'ergastolo con quella di trent'anni di reclusione, ottenendo in tal modo la chiusura del caso con la risoluzione del Comitato dei ministri; e che la sentenza europea, in quel caso, si limitava a richiedere allo Stato italiano l'adozione di misure individuali.

Nella *sentenza del 2011* il Giudice costituzionale pare trattare indistintamente gli obblighi derivanti da una risoluzione del Comitato dei Ministri e quelli derivanti da una sentenza della Corte, e assume altresì indistintamente le obbligazioni discendenti da una risoluzione interinale ai sensi dell'art. 46 CEDU e quelle discendenti più in generale dall'art. 1 CEDU che vengono in rilievo allorchè si modifichi l'ordinamento interno dopo la chiusura della procedura di esecuzione. La distinzione nella specie non è di poco conto, considerato che il parametro convenzionale interposto sulla cui base la Corte ha condotto l'operazione additiva (a rime obbligate) era proprio l'art. 46.

Nella *sentenza del 2013* la Corte dimostra maggiore consapevolezza in ordine alla portata della giurisprudenza europea sulla forza vincolante delle sentenze ex art. 46 CEDU²³ e soprattutto delle differenti tipologie di pronunce adottate dalla Corte di Strasburgo: esclude, infatti, che la sentenza *Scoppola (N. 2)* possa definirsi una sentenza pilota e ne trae la conseguenza della non applicabilità dell'art. 46 CEDU ai casi identici già definiti con sentenza passata in giudicato, ai quali reputa invece di dover dare soluzione in base all'art. 3 della Costituzione e all'art. 30 della legge n. 87 del 1953.

Il Giudice delle leggi chiarisce altresì l'ambito di applicazione della disposizione convenzionale in esame. Si legge nella decisione che: "l'obbligo di adeguamento alla Convenzione, nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo, non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l'ordinamento interno si è formato il giudicato, e che le deroghe a tale limite vanno ricavate non dalla CEDU, che non le esige, ma nell'ambito dell'ordinamento nazionale"²⁴. Così facendo il Giudice costituzionale rispondeva all'ordinanza di rimessione, con cui le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione avevano sollevato la questione di costituzionalità, e che peraltro conteneva alcune considerazioni a dir poco ap-

²² GC, sentenza 17 settembre 2009, in cui per la prima volta la Corte europea fa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU il principio della *lex mitior*. Nella specie il ricorrente lamentava l'applicazione nei suoi confronti della pena dell'ergastolo anziché della reclusione per trent'anni a seguito di una disposizione sopravvenuta rispetto alla commissione del reato.

²³ Cfr. n. 7.1 del considerato in diritto.

²⁴ Cfr. n. 7.3 del considerato in diritto.

prossimative sulla natura e sugli effetti delle sentenze della Corte europea dichiarative di violazione²⁵. Dalla motivazione dell'ordinanza sembrava evincersi che ormai gli effetti di tutte le sentenze del Giudice di Strasburgo fossero assimilabili a quelli riservati, in via eccezionale, alle sentenze pilota, tipologia di pronuncia assunta dalla Cassazione in una accezione impropria, prescindendo dal tenore della sentenza Scoppola che non reca alcun riferimento all'art. 46 CEDU, e che non accerta l'esistenza di una violazione sistemica, né sarebbe stata giustificata dalla pendenza di una molteplicità di ricorsi seriali. La Cassazione sembra essere incorsa nell'errore, non infrequente sia in giurisprudenza che in dottrina, di estendere la nozione tecnica di "sentenza pilota" alla differente ipotesi di dichiarazione di violazione discendente da una legge o da una omissione legislativa che ben può dare luogo a ricorsi seriali, ma non necessariamente.

La Corte costituzionale ha dunque il merito di distinguere, in rapporto alla forza vincolante della sentenza dichiarativa di violazione, la posizione del ricorrente dalla posizione di soggetti che versano nella identica situazione del ricorrente ma non hanno proposto ricorso alla Corte EDU, e ancora dalla posizione di coloro che si trovano in una posizione analoga ma non identica a quella del ricorrente²⁶

Nei casi diversi da quello oggetto della sentenza europea – per quanto identici o analoghi ad esso - l'interprete non potrà procedere automaticamente *come se* si trattasse dello stesso caso deciso a Strasburgo, applicando la misura individuale identificata in seno al Comitato dei Ministri o eventualmente già definita in sentenza dalla Corte europea, soprattutto quando si è già in presenza di un giudicato interno. La differenza di situazione tra ricorrente e non ricorrente potrà avere esito e soluzione diversa a seconda della violazione e andrà piuttosto valutata di volta in volta sulla base delle specificità dei casi concreti.

Una analoga differenza di posizioni potrebbe determinarsi anche allorché la Corte costituzionale rigetti la questione di costituzionalità sulla disposizione interna che ha condotto il Giudice europeo a dichiarare la violazione della Convenzione. Si pensi, ad esempio, al caso *Maggio e altri*, col quale l'Italia è stata ritenuta responsabile della violazione delle regole del giusto processo (art. 6 § 1 CEDU), per l'adozione di una legge di interpretazione autentica, intervenuta in pendenza di giudizi già instaurati dai ricorrenti, che riduceva il *quantum* della pensione ad essi accordata in virtù di una Convenzione siglata con la Svizzera, riequilibrandolo sulla base dei contributi effettivamente versati²⁷. Nella specie la Corte costituzionale, con la sentenza n. 264 del 2012, rigettava la questione di costituzionalità sollevata sulla disposizione censurata a Strasburgo in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. come integrato dall'art. 6 § 1 CEDU, ritenendo di dover condurre una valutazione sistemica dei valori coinvolti e dunque di dover pervenire ad un bilanciamento in grado di garantire altresì, insieme al diritto ad un processo equo, il rispetto dei principi di eguaglianza e di solidarietà²⁸.

²⁵ Ordinanza n. 34472 del 10 settembre 2012 (ud. 19 aprile 2012).

²⁶ Si vedano insieme al riguardo la sentenza n. 210 del 2013 e l'ordinanza n. 235 del 2013.

²⁷ Seconda sezione, sentenza 31 maggio 2011.

²⁸ Con la sentenza n. 264, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006 (Legge finanziaria 2007) sollevata, in riferimento all'art. 117,

V'è da chiedersi in che limiti la sentenza della Corte costituzionale che invoca i "controlimiti" potrà inibire l'esecuzione della sentenza europea nei confronti del Maggio e degli altri ricorrenti. Se appare implausibile che possa ostacolare il pagamento della somma liquidata a titolo di equa soddisfazione, esigenze di eguaglianza sembrano escludere invece che il Comitato dei Ministri possa richiedere, e che lo Stato possa acconsentire (al), la misura della *restitutio in integrum*.

La peculiarità di tale pronuncia sta nel fatto che la Corte costituzionale è stata chiamata per la prima volta a pronunciarsi su una disposizione di legge - oggetto di un precedente giudizio di costituzionalità conclusosi con la sentenza n. 172 del 2008 (di infondatezza rispetto a dubbi di costituzionalità sollevati allora solo in riferimento agli artt. 3, 35 e 38 Cost.) - dopo che la Corte europea aveva già affermato la sua non conformità alla CEDU e il Giudice delle leggi non ha mancato di evidenziare le differenze tra i due giudizi.

La Corte costituzionale è stata chiamata a svolgere il ruolo di giudice dell'esecuzione del giudicato europeo anche con riguardo alla sentenza *Godelli c. Italia*²⁹, con la quale la Corte di Strasburgo ha dichiarato la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), sotto il profilo del diritto a conoscere le proprie origini biologiche, discendente dal mancato bilanciamento da parte della legge italiana sulle adozioni tra il diritto all'identità del figlio e quello all'anonimato della madre naturale. Nella specie il Giudice delle leggi ha prediletto un approccio tutto interno, pervenendo alla dichiarazione di incostituzionalità della legge non già sulla base dell'art. 117, primo comma, Cost., come integrato dall'art. 8 CEDU letto alla luce della sentenza *Godelli*, ma in riferimento all'art. 2 Cost.³⁰.

4. L'ipotesi di accertamento, ai fini della dichiarazione di violazione, della non conformità a Convenzione della legge interna: il margine di apprezzamento del legislatore e della Corte costituzionale

Si è detto come le giurisdizioni nazionali di legittimità e di merito non di rado riconducano le sentenze dichiarative di violazione discendente da una legge o da una omissione legislativa nella categoria delle sentenze pilota, benché la Corte europea non dichiari alcuna violazione sistemica o strutturale e soprattutto nonostante non siano già pendenti ricorsi seriali.

primo comma, della Costituzione in relazione all'art. 6 §1 CEDU come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

²⁹ Seconda sezione, sentenza 25 settembre 2012.

³⁰ La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, nella parte in cui non prevede - attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice di interpellare la madre - che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 - su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione.

In questi casi esse paiono assumere una interpretazione dell'art. 46 CEDU ancora più stringente di quella data dal giudice di Strasburgo, il quale, quando si pronuncia sulla legge, non opera un giudizio di conformità della legge all'intero ordinamento nazionale, ma compie un sindacato ai limitati fini dell'accertamento, in un caso concreto, di una o più violazioni specifiche della Convenzione.

Non pare accettabile, pertanto, che in virtù di un siffatto giudizio sulla legge interna il giudice nazionale si reputi svincolato dall'obbligo di far capo alla giurisdizione costituzionale (per porre la relativa questione) e autorizzato alla disapplicazione diretta della legge incompatibile con la CEDU in virtù dell'art. 46 CEDU, al fine di eseguire il giudicato europeo sia in favore dei ricorrenti che di altri soggetti in analoga situazione.

Al riguardo appare emblematica la vicenda relativa ai coniugi Costa e Pavan, portatori sani di fibrosi cistica, che hanno ottenuto il riconoscimento della violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare a causa dell'incongruenza del sistema legislativo interno che da un lato non consente a coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili di avvalersi delle pratiche di fecondazione medicalmente assistita riservate dalla legge n. 40 del 2004 alle sole coppie infertili, e dall'altro consente di abortire in ogni momento una volta accertata la malattia del feto³¹.

Il Tribunale di Roma, investito di un ricorso ex art. 700 c.p.c. dai coniugi Costa e Pavan dopo la sentenza della Corte europea, ha ordinato all'Asl competente di ammettere al procedimento di procreazione medicalmente assistita con diagnosi pre-impianto la coppia, ritenendo spetti al giudice comune "dar seguito alle decisioni di condanna del giudice europeo senza necessità di sollevare l'ulteriore pregiudiziale di costituzionalità ogni qualvolta la regola ricavabile dalla sentenza CEDU sia sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi, senza margine di ambiguità, a quella interna riconosciuta contraria alla Convenzione, laddove la rimessione alla Corte Costituzionale dovrà essere limitata alle sole questioni che pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest'ultima e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale"³². Il Tribunale attribuisce dunque alla sentenza della Corte europea dei diritti gli effetti che la Corte costituzionale riconosce alle sole sentenze della Corte di Giustizia, così contravvenendo alle regole che reggono il sistema di rapporti definito con le sentenze gemelle. Il Tribunale, invoca erroneamente anche la sentenza n. 210 del 2013, già richiamata, dalla quale invece si trae semmai un'indicazione di segno opposto. Secondo il Giudice costituzionale quando le sentenze della Corte di Strasburgo non specificano le misure da adottare "è fatto obbligo ai poteri dello Stato, *ciascuno nel rigoroso rispetto delle proprie attribuzioni*, di adoperarsi affinché gli effetti

³¹ Seconda sezione, sentenza 28 agosto 2012.

³² Ordinanza 23 settembre 2013. Altra sezione del medesimo Tribunale, con riguardo ad una coppia diversa, correttamente provvedeva invece a sospendere il giudizio e sollevare questione di costituzionalità sulla norma interna censurata dalla Corte EDU con ordinanza del 14 gennaio 2014. Detta questione è stata discussa dalla Corte costituzionale nell'udienza pubblica del 14 aprile scorso e, al momento in cui si scrive si è in attesa dell'imminente deposito della sentenza.

normativi lesivi della CEDU cessino”³³. Pertanto quando l’esecuzione del giudicato europeo implica l’abrogazione della legge o la sua integrazione spetterà al legislatore intervenire, ed in seconda battuta, nel caso purtroppo frequente di sua inerzia, alla Corte costituzionale una volta investita delle pertinenti questioni di costituzionalità. Quando invece l’esecuzione implica come misura individuale l’adozione di uno specifico atto amministrativo, da parte delle autorità interne competenti, e nella specie l’ASL, allora dovrebbe provvedervi direttamente quest’ultima sulla base del giudicato europeo senza che sia necessario il provvedimento del giudice interno.

In ogni caso, se anche una esecuzione “anticipata” da parte del giudice o dell’autorità amministrativa competente nei confronti del ricorrente può trovare una giustificazione – per quanto in via eccezionale e in ragione del tipo di violazione accertata e delle eventuali ulteriori gravi conseguenze nel godimento effettivo del diritto derivanti dal decorso del tempo – del tutto priva di fondamento è l’estensione della stessa nei confronti di altri soggetti.

Il Tribunale di Cagliari³⁴, ad esempio, ha assunto una decisione analoga a quella del Tribunale di Roma, con riguardo ad altra coppia fertile ma portatrice di una malattia geneticamente trasmissibile diversa dalla fibrosi cistica (la esostosì), sempre nell’ambito di un procedimento ex art. 700 c.p.c., ritenendo in tal guisa non necessaria l’“obbligatoria mediazione” del Giudice costituzionale. Un siffatto orientamento pare ancorato a dottrine dei diritti individuali difficilmente conciliabili con il principio della soggezione del giudice alla legge, nonché col sistema di reclutamento della magistratura e con l’assenza nel nostro ordinamento del principio dello *stare decisis*, il che finisce col produrre un *vulnus* al cuore stesso della garanzia dei diritti, assoggettandola ad una inaccettabile alea in ragione delle diverse sensibilità dei giudici, con conseguenti inevitabili disparità di trattamento. Esso per di più prescinde del tutto dai principi fissati dalla giurisprudenza europea sull’art. 46 CEDU: poiché la Corte dei diritti nella sentenza *Costa e Pavan* si è limitata a liquidare un’equa soddisfazione, resta rimessa alla discrezionalità dello Stato la scelta delle misure individuali e generali da assumere per conformarsi alla decisione europea, modalità di adeguamento che contemplanò una pluralità di soluzioni, tutte coerenti con il *decisum* europeo, le quali debbono tenere necessariamente conto del numero e della gravità delle malattie geneticamente trasmissibili, delle competenze dei diversi centri medici specializzati e anche delle inevitabili ricadute economico-finanziarie connesse alla garanzia dei diritti, ricadute che sfuggono al giudizio della Corte di Strasburgo, ma che sul piano interno (ed europeo) non possono essere ignorate. Vanno tenute distinta, infatti, la constatazione della “anti-convenzionalità” di un divieto che incide sull’autodeterminazione individuale dall’affermazione della necessità per lo Stato di erogare delle prestazioni, rispetto alle quali c’è sempre il problema delle risorse.

Desumere invece, come ha fatto il Tribunale di Cagliari, che l’enunciazione del “diritto a mettere al mondo un figlio sano” (ricondotto nell’ambito di applicazione dell’art. 8 CEDU), in

³³ Così n. 7.2 del considerato in diritto (corsivi aggiunti). La Corte ragiona in tal modo con riguardo alle misure generali che debbono adottarsi anche ai fini della misura individuale della *restitutio in integrum* nei confronti del ricorrente allorchè la violazione accertata discenda, come nella specie, da una legge.

³⁴ Ordinanza 9 novembre 2012.

assenza di una qualunque previsione legislativa in termini di riconoscimento e dunque anche di delimitazione, implichi un'unica modalità di conformazione dell'ordinamento alla constatata incompatibilità convenzionale della legge interna, imponendone la disapplicazione e autorizzando il singolo a pretendere (e il giudice a riconoscere), come prestazione garantita direttamente dall'art. 32 Cost., l'esecuzione della diagnosi pre-impianto per l'accertamento di una qualunque delle circa seimila malattie geneticamente trasmissibili³⁵, in una qualunque struttura pubblica a scelta del richiedente, comunque a carico del Servizio Sanitario Nazionale, appare il frutto, sotto il profilo tecnico giuridico, di una impropria semplificazione.

Evidenti ragioni di certezza e di uniformità nella garanzia dei diritti esigono che quando la scelta tra una pluralità di misure è riservata allo Stato, spetti alle autorità interne competenti a provvedere alla loro individuazione, rispettando il limite della coerenza con le conclusioni della sentenza.

Pare pertanto da valutare con qualche cautela l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui "*certamente* il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi, quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata"³⁶.

5. L'interpretazione della giurisprudenza europea: l'ambiguo riferimento al "principio di diritto", la centralità della tecnica del *distinguishing* e della ricostruzione della fattispecie

La Corte costituzionale, dopo le sentenze gemelle, non ha mancato di precisare in più occasioni i rapporti tra la giurisprudenza europea e quella costituzionale: ha enunciato il *principio della massima espansione delle tutele*³⁷, il criterio di *integrazione delle tutele*³⁸, che in taluni casi si esprime addirittura nella forma della *equivalenza delle tutele*³⁹ ed è giunta ad

³⁵ Grazie allo sviluppo delle tecnologie di analisi del genoma, sono state identificate oltre seimila malattie genetiche trasmissibili, di diversa gravità: il catalogo OMIM elenca 6800 condizioni di cui è stato individuato il gene causativo. Oltre un terzo delle malattie genetiche sono circoscritte (rene policistico, albinismo, etc) e quindi compatibili con una buona vita; altre sono gravissime (distrofie muscolari, leucodistrofie, mucopolisaccaridosi, etc.).

³⁶ Cfr. sentenza n. 49 del 2015, n. 7 del considerato in diritto.

³⁷ Secondo cui i livelli minimi di tutela dei diritti fondamentali prefigurati dalla CEDU, nell'interpretazione offertane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, costituiscono, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., *un limite inderogabile per il legislatore italiano solo «verso il basso», ma non «verso l'alto»*. Anche in virtù dell'art. 53 CEDU, la Corte ha pertanto ritenuto di escludere che disposizioni interne maggiormente garantiste possano essere ritenute costituzionalmente illegittime in nome dell'esigenza di rispetto della CEDU (sentenza n. 317 del 2009 e ordinanza n. 223 del 2014).

³⁸ Cfr. es. sentenze nn. 85, 143, 170, 202 del 2013.

³⁹ Si v. ad es. sentenza n. 202 del 2013. Si aggiunga che un elevato livello di integrazione tra la giurisprudenza costituzionale e quella europea si riscontra in particolare in materia di leggi retroattive, frutto di un dialogo molto serrato e proficuo che le due Corti hanno avviato negli anni più recenti (cfr. sentenze nn. 154, 170, 275, 308 del 2013 e ordinanze nn. 32, 173 del 2013).

offrire una sorta di sintesi dei due approcci nella *sentenza n. 170 del 2013*. Nella motivazione della pronuncia si legge: “la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell’art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza, affinché si realizzi la necessaria «integrazione delle tutele» (sentenza n. 264 del 2012), che spetta a questa Corte assicurare nello svolgimento del proprio *infungibile ruolo*”⁴⁰. La Corte ribadisce che in questi casi è chiamata a compiere una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, “effettuando il necessario bilanciamento in modo da assicurare la «massima espansione delle garanzie» di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentenze n. 85 del 2013 e 264 del 2012)”⁴¹.

Ciò che invece il Giudice costituzionale non aveva mai chiarito prima della sentenza n. 49 del 2015 erano i criteri mediante i quali ricavare la portata della giurisprudenza europea, operazione ermeneutica preliminare rispetto all’interpretazione conforme a Convenzione delle norme interne, nonché preliminare al confronto tra giurisprudenze e all’eventuale rilevazione di un dubbio di costituzionalità ex art. 117, primo comma, Cost., e naturalmente distinta dall’attività ermeneutica volta alla definizione della portata delle garanzie costituzionali.

La sentenza da ultimo citata si concentra sulle modalità di ricostruzione della giurisprudenza europea, offrendo spunti interessanti, ma dando luogo al contempo a qualche dubbio in ordine all’appropriatezza delle indicazioni fornite ai giudici comuni.

Prima di soffermarsi *funditus* sui criteri suggeriti dalla Corte, tuttavia, occorre notare che la sentenza non appare rigorosa laddove “sanziona” il giudice *a quo* che dubitava della conformità a Costituzione/Convenzione della sentenza *Varvara c. Italia*, già richiamata, per non aver censurato la legge di ratifica della Convenzione anziché la norma interna sulla confisca urbanistica⁴². Pare a chi scrive che la decisione di inammissibilità adottata si giustificasse piuttosto in ragione del fatto che il dubbio interpretativo del giudice era tutto interno alla giurisprudenza europea, non riflettendosi in alcun modo né sulla norma censurata né sulla Costituzione: non pare infatti che possa ritenersi contraria a Costituzione una disposizione interna che, sulla base dell’interpretazione data alla sentenza *Varvara* dal remittente, dovesse prevedere come condizione della confisca una sentenza formale di condanna. La Cassazione, uno dei giudici remittenti, era ben consapevole che in realtà il dubbio sollevato sarebbe stato da sottoporre alla Corte europea con lo strumento previsto dal Protocollo n. 16, purtroppo non ancora in vigore⁴³, col quale sarà possibile per le Corti supreme nazionali aprire un dialogo con Strasburgo proprio sull’interpretazione della giurisprudenza europea nel corso del giudizio, con una sorta di rinvio pregiudiziale interpretativo.

⁴⁰ Cfr. n. 4.2 del considerato in diritto, corsivi aggiunti.

⁴¹ Ancora n. 4.2 del considerato in diritto; analogamente sentenza n. 202 del 2013.

⁴² Cfr. n. 4 del considerato in diritto. Sul merito della questione sottoposta alla Corte si rinvia alle puntuali osservazioni di V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

⁴³ Cfr. n. 5 del ritenuto in fatto.

L'aspetto più innovativo e apprezzabile della decisione della Corte costituzionale, lo si è anticipato, è però di aver fatto emergere in tutta la sua complessità l'operazione ermeneutica, affidata ai giudici dalle sentenze gemelle, connessa alla concreta definizione della portata della giurisprudenza europea.

Il ragionamento condotto dalla Corte costituzionale rievoca in qualche misura quello della *House of Lords* e poi della *Supreme Court* britannica nell'interpretazione del criterio "*must take into account*", riferito alla giurisprudenza della Corte europea, contenuto nella seconda sezione dello *Human Rights Act*, senza riuscire tuttavia a coglierne fino in fondo lo spirito pur facendo anch'essa riferimento alla *well-established case law*.

Nel caso *Alconbury*⁴⁴ Lord Slynn chiarì, infatti, che le Corti nazionali erano obbligate a prendere in considerazione le pronunce della Corte europea "*relevant, clear and constant*", qualora cioè fossero espressione di orientamenti consolidati; e successivamente, nel caso *Ullah*, Lord Bingham nella sua *opinion* precisò che "*The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less*"⁴⁵. La *Supreme Court*, tuttavia, nel caso *Horncastle*⁴⁶, per bocca di Lord Philips, decideva di attenuare il vincolo discendente da tale *mirror principle* – preferendo impostare i rapporti con la Corte dei diritti secondo la logica di un "*valuable dialogue*" tra pari «*to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this Court and the Strasbourg Court*». Laddove la giurisprudenza europea risultasse inconciliabile con le peculiari connotazioni dell'ordinamento nazionale, il giudice britannico non è tenuto a prenderla in considerazione. Il dialogo tra giudici esige pertanto che le Corti nazionali non si pongano in posizione subordinata rispetto alla Corte europea ma paritaria, confutando, se del caso, gli argomenti del Giudice di Strasburgo con altri argomenti.

Nel suo complesso la linea interpretativa assunta dai giudici britannici appare convincente, considerato che anche la Corte europea opera alla stregua di un giudice di *common law*.

Il nostro Giudice delle leggi, invece, benchè correttamente abbia attinto ad una categoria propria della giurisprudenza europea, quella della "giurisprudenza consolidata", finisce per applicare ad essa logiche, e trarne conclusioni, tipiche da giudice di *civil law*, come ad esempio il ricorso alla nozione di *principio di diritto*: elaborata con riferimento alla giurisprudenza del Giudice di legittimità, che è infatti un giudice *del diritto*, essa appare incapace di restituire una effettiva rappresentazione di ciò che accade con riguardo al *dictum* di un Giudice *dei diritti*, il quale è tenuto ad assumere le caratteristiche della fattispecie come elemento decisivo nell'applicazione, in un senso (la violazione) o nell'altro (la non violazione), dei principi generali elaborati dalla sua stessa giurisprudenza, principi che in sé non sono suscettibili di fornire indicazioni univoche all'interprete.

⁴⁴ *Alconbury* [2001] UKHL 23, 9 maggio 2001.

⁴⁵ *Ullah, R (on the Application of) v Special Adjudicator* [2004] UKHL 26, 17 giugno 2004.

⁴⁶ *Horncastle e altri, R v.* [2009] UKSC 14, 9 dicembre 2009. Per approfondimenti in proposito si v. S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, Torino 2010.

Chiunque frequenti con una certa assiduità la giurisprudenza europea ben conosce l'importanza rivestita dai precedenti, ma non tanto di quelli concernenti le enunciazioni di principio, riportati per lo più in modo ripetitivo nella prima parte del diritto, quanto piuttosto di quelli selezionati, mediante la tecnica del *distinguishing*, ed utilizzati nella parte dedicata all'applicazione di detti principi al caso di specie. Al riguardo si ricordi che è la Corte europea sebbene dichiarata di non ritenersi vincolata ad essi, aggiunge che tuttavia nell'interesse della certezza, della prevedibilità e dell'equità dei rapporti giuridici se ne discosta solo in virtù di una "*cogent reason*"⁴⁷, in ordine alla sussistenza della quale è tenuta pertanto a motivare.

La difficoltà più significativa che incontrano i giuristi di *civil law* nell'approccio con la giurisprudenza europea è proprio quella della individuazione dei precedenti *pertinenti* in rapporto al caso concreto e non soltanto alla problematica giuridica generale affrontata.

È decisivo in proposito osservare che nelle sentenze della Corte europea il diritto nazionale trova spazio nel "Fatto", mentre il cuore della parte in "Diritto" è confezionato *su misura* rispetto al caso di specie.

Pertanto, con riguardo alle pronunce rese nei confronti dell'Italia, l'interprete deve concentrare l'attenzione sulle peculiarità del caso da decidere ai fini della individuazione dei precedenti in termini: l'utilizzo della tecnica del *distinguishing* impone, infatti, la ricerca e la comparazione degli elementi decisivi che nelle diverse fattispecie hanno condotto la Corte ad una dichiarazione di violazione o di non violazione.

L'operazione ermeneutica risulta più articolata nei confronti delle sentenze rese nei confronti di uno degli altri Paesi membri del Consiglio d'Europa che pure vincolano l'interprete. In questi casi, infatti, il giudice deve prestare attenzione anche all'analisi del "Fatto" dedicata alla descrizione delle caratteristiche del diritto, anche giurisprudenziale, dello Stato convenuto in giudizio. La tecnica del *distinguishing* impone dunque una non semplice comparazione anche di aspetti normativi che possono non essere affatto congeniali rispetto al nostro linguaggio o al nostro ordinamento giuridico.

Naturalmente nell'applicazione della tecnica del *distinguishing* i criteri che debbono condurre per mano il giudice nazionale sono gli stessi che guidano la Corte europea nell'interpretazione della CEDU. Così ad esempio: l'assunzione della Convenzione come "*instrument vivant*" di tutela effettiva e concreta e non astratta e illusoria dei diritti fondamentali; le "nozioni autonome" che caratterizzano il linguaggio della Corte europea ("materia penale", "base legale", etc.) e che forniscono chiavi di lettura imprescindibili delle disposizioni convenzionali; il rifiuto in generale di automatismi legislativi e la predilezione per forme flessibili di disciplina attente alle caratteristiche della fattispecie. Fondamentale dunque è la cono-

⁴⁷ Così ad es. nel caso Scoppola c. Italia (N.2), GC, sentenza del 17 settembre 2009, al § 104 si legge: "*While the Court is not formally bound to follow any of its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without cogent reason, from precedents laid down in previous cases (see, for example, Chapman v. the United Kingdom [GC], no. [27238/95](#), § 70, ECHR 2001-I)*".

scenza del complesso bagaglio di criteri ermeneutici cui la Corte fa riferimento e che si trovano tutti ben ricostruiti nella sentenza *Demir e Baykara c. Turchia*⁴⁸.

6. Segue: chiarimenti in ordine al vincolo derivante dalla cd. “well-established case law” e alla libertà del giudice di fronte agli “orientamenti non definitivi” come enunciati dal Giudice delle Leggi

Premessa al ragionamento che si è cercato di condurre sin qui è che mentre l'esecuzione delle sentenze dichiarative di violazione rese nei confronti dell'Italia esige una puntuale disamina dei contenuti della singola decisione a partire da quelli concernenti gli artt. 41 e 46 CEDU ove presenti, quando ci si pone nella prospettiva dell'interpretazione della *giurisprudenza europea* si è obbligati a ricercare orientamenti e a selezionare infine quelle pronunce che più delle altre mostrano elementi di somiglianza o di differenziazione rispetto al caso da decidere.

Ciò premesso debbono ora vagliarsi i criteri che il Giudice delle leggi ha indicato al giudice comune nella *sentenza n. 49 del 2015*, per saggiare il “consolidamento” e la conseguente “vincolatività” della giurisprudenza europea.

Molto discutibile è anzitutto l'invocazione dell'art. 28 CEDU come disposizione di riferimento per definire la nozione di giurisprudenza consolidata: è noto che la nozione che vi si rinviene ha lo scopo di delimitare la competenza dei Comitati di tre giudici – introdotti dal Protocollo n. 14 a meri fini deflattivi – i quali possono decidere nel merito i soli *casi ripetitivi*, quelli cioè che non pongono questioni nuove. Richiamare tale nozione appare pertanto piuttosto riduttivo, oltre che semplicistico.

Seri dubbi suscita poi l'attribuzione di una valenza distintiva alla formazione giudicante che ha reso la sentenza: sono definitive e dunque di per sé idonee a produrre i medesimi effetti sia le sentenze della Grande Camera sia quelle rese dalle Camere e dai Comitati. In ogni caso la sentenza definitiva è riconducibile all'unica Corte europea (di cui agli artt. 19 e 32 CEDU).

Assimilare la struttura interna della Corte europea, con riguardo alla divisione in Sezioni, a quella della Corte di Cassazione può apparire in sé corretto, purché non se ne traggano però analogie sul piano delle giurisprudenze, così ad esempio mutuando implicitamente la categoria del *diritto vivente* che trova la sua espressione più autorevole proprio nella voce delle Sezioni Unite della Suprema Corte⁴⁹.

Così pure appare poco chiara la categoria delle pronunce “non espressive di un orientamento divenuto *definitivo*” posto che definitive sono tutte le sentenze rese dalla Grande Camera, quelle delle Camere trascorsi tre mesi dalla pubblicazione senza che le parti ab-

⁴⁸ GC, sentenza 12 novembre 2008.

⁴⁹ Parla espressamente della nascita del diritto vivente europeo M. BIGNAMI, cit., 3 ss.; ma a tale nozione si riferisce anche A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

biamo proposto istanza di rinvio alla Grande Camera e quelle dei Comitati. Forse, con l'espressione "non definitivo" il Giudice costituzionale voleva riferirsi ad un orientamento non *stabile*, ma anche in questo caso il criterio pare poco utile: possono darsi infatti casi unici ma da considerarsi veri e propri *leading cases*, la cui natura vincolante pare fuori discussione.

Certamente, invece, la presenza di opinioni separate, concorrenti o dissenzienti, dando voce anche agli argomenti svolti nella discussione che sono rimasti in minoranza, può offrire significative indicazioni sul *trend* della giurisprudenza europea.

Se poi si prende in esame il caso *Varvara*, oggetto della questione di costituzionalità sottoposta alla Corte, sorge il dubbio che si sia fatto "molto rumore per nulla", dato che il caso avrebbe ben potuto più semplicemente essere stigmatizzato come extravagante, eccentrico cioè sia rispetto ai precedenti della giurisprudenza europea sia anche rispetto alle pronunce successive della stessa Corte dei diritti⁵⁰; fra l'altro dinanzi alla Grande Camera pendono ancora tre casi analoghi.

Pare dunque che per riuscire a valorizzare in modo appropriato il vincolo derivante dalla sola *well-established case law* sia indispensabile riferirsi all'accezione, ricordata nel precedente paragrafo, che ad essa è stata attribuita dalla *House of Lords* prima e poi dalla *Supreme Court* del Regno Unito.

7. Interpretazione delle sentenze europee e controlimiti: a rischio la tenuta del modello delle sentenze gemelle?

Mentre l'apprezzabile sforzo di elaborazione compiuto dalla giurisprudenza costituzionale con riguardo all'interpretazione dell'art. 46 CEDU appare coerente con il modello delle sentenze gemelle, qualche dubbio sulla tenuta di quel sistema di rapporti può nutrirsi in ordine all'affidamento al giudice comune del sindacato sulla conformità a Costituzione di orientamenti europei che egli non reputi espressivi di una giurisprudenza consolidata.

Con la *sentenza n. 264 del 2012* per la prima volta la Corte ha "resistito" al *dictum* europeo, invocando i controlimiti nel giudizio di costituzionalità divenuto sede di esecuzione della sentenza *Maggio*, senza pervenire però alle conclusioni cui sarebbe stata tenuta sulla base della *sentenza n. 348 del 2007*: la dichiarazione di incostituzionalità della legge n. 848 del 1955 di ratifica della Convenzione nella parte in cui consente l'ingresso nell'ordinamento interno della sentenza *Maggio*.

Una siffatta scelta della Corte, oltre a non mettere sostanzialmente in crisi il modello delle sentenze gemelle, è parsa provvida ed in piena sintonia con la tecnica adottata dalle Corti britanniche, le quali, come si è detto, mantengono aperto il dialogo con la Corte europea sul piano argomentativo proprio in occasione di pronunce dichiarative di violazione rese

⁵⁰ Cfr. *Melo Tadeo c. Portogallo*, sentenza del 23 ottobre 2014 (def. 23 marzo 2015).

nei confronti del Regno Unito⁵¹. Persuasive argomentazioni tecnico-giuridiche possono infatti condurre la Corte europea, non solo a non reagire ad una mancata esecuzione, ma addirittura ad un ripensamento del proprio orientamento.

Meno coerente col modello delle gemelle appare invece l'affidamento al giudice comune, come sembra fare la *sentenza n. 49 del 2015*, dell'onere di verificare la conformità a Costituzione della giurisprudenza europea *non* consolidata.

Se ben si comprende il meccanismo fissato dalla sentenza, quando il giudice comune si trova di fronte ad un orientamento consolidato della Corte europea della cui conformità a Costituzione dubita, è tenuto a sollevare questione di costituzionalità sulla legge di ratifica della Convenzione; mentre allorchè dubiti della costituzionalità di un orientamento non consolidato potrebbe provvedere egli stesso alla sua disapplicazione, privilegiando l'interpretazione conforme a Costituzione della norma da applicare al caso di specie.

Il "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU"⁵² evocato dalla Corte pare riversare sul giudice comune un compito che la Costituzione affida invece al Giudice costituzionale, il quale non può "sbarazzarsene" nascondendosi dietro l'aggettivo "consolidata" o "non consolidata" da giustapporre alla giurisprudenza europea, aggettivo la cui definizione, come si è detto, non è né automatica né immediata, ma il frutto di complesse (ed opinabili) operazioni ermeneutiche.

Le vicende giudiziarie connesse alla maternità surrogata seguite alle sentenze *Menesson e Labassee c. Francia*⁵³ rendono in pieno la misura della gravità delle conseguenze che possono derivare da un siffatto meccanismo e più in generale dalla delicatezza dell'operazione interpretativa delle sentenze europee.

Il Tribunale di Varese⁵⁴ ha assolto due imputati, una coppia di coniugi, dal reato di falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri (ex art. 495 c.p.), ritenendo che dalle sentenze europee citate si traesse il "*principio di diritto*"⁵⁵ secondo cui "è fatto obbligo agli Stati di garantire la definizione di uno statuto legale stabile per la prole generata facendo ricorso a tecniche di maternità surrogata con fecondazione eterologa, non potendosi ad essa attribuire uno statuto giuridico del tutto incoerente con il dato sociale altrimenti tollerato". Da ciò discende, sempre secondo il giudice varesino, che "l'attestazione della qualità di genitore innanzi al pubblico ufficiale rilasciata dagli agenti non ha comportato alcun nocumento per il bene giuridico tutelato dalla norma penale (veridicità della dichiarazione) in un sistema giuridico come quello attuale in cui è divenuto sostanzialmente ininfluenza – secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti

⁵¹ Si v. da ultimo la sentenza *Hutchinson c. Regno Unito*, 3 febbraio 2015, spec. § 25 in tema di possibilità di revisione della pena dell'ergastolo, e la sentenza *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, 15 dicembre 2011, § 146, in tema di prova dichiarativa non sottoposta a contraddittorio.

⁵² Cfr. n. 4 del considerato in diritto.

⁵³ Quinta sezione, sentenze 26 giugno 2014. La Corte dichiara la violazione dell'art. 8 CEDU sotto il profilo del rispetto della vita privata in riferimento al mancato riconoscimento del legame di filiazione del minore col genitore biologico.

⁵⁴ Sentenza 8 ottobre 2014.

⁵⁵ Sull'applicazione alla giurisprudenza europea di tale nozione si v., infra par. 5.

umani – il metodo di concepimento della prole quale presupposto per il riconoscimento della maternità e paternità, attesa al contempo l'inerzia del legislatore nazionale che non ha previsto, né imposto che le parti interessate si esprimano in merito alle tecniche cui hanno fatto ricorso per la fecondazione al fine di ponderare almeno la posizione del genitore naturale”.

In un altro caso, tenuto conto delle due sentenze citate della giurisprudenza europea, la Corte di Cassazione ha invece rigettato il ricorso col quale, tra l'altro, si censurava l'affermazione che un certificato di nascita formato in Ucraina a seguito di maternità surrogata fosse privo di valore per la legge italiana. La Suprema Corte ha ritenuto di ordine pubblico (costituzionale) il divieto di siffatta pratica che è previsto, corredato da sanzione penale, dall'art. 12 della legge n. 40 del 2004⁵⁶, fornendo una lettura delle sentenze europee meno sommaria e comunque più coerente con la giurisprudenza della Corte dei diritti nel suo complesso, senza porsi alcun problema in ordine alla conformità di essa alla Costituzione.

A fronte dunque della oggettiva complessità e della delicatezza dell'attività ermeneutica tesa all'attribuzione dell'aggettivo “consolidato” ad un determinato orientamento europeo (si pensi ad esempio proprio alle citate sentenze *Menesson* e *Labassee*) evidenti ragioni di certezza e di uniformità nella garanzia dei diritti esigono che sia mantenuto ben saldo il modello delle sentenze gemelle, il solo coerente con un sistema accentrato di giustizia costituzionale, che impone al giudice comune di sollevare questione di costituzionalità ex art. 117, primo comma, Cost. sia qualora dubiti della conformità a Convenzione di una norma interna, sia, a maggior ragione, nell'ipotesi in cui dubiti della conformità a Costituzione della giurisprudenza europea (consolidata o meno che sia). Soltanto in questo modo possono essere salvaguardate le esigenze minime di certezza del diritto e dei diritti.

Di fronte ad un legislatore latitante, una Corte “timorosa” sembra oggi porgere ai giudici comuni un (nuovo) dono avvelenato: continuiamo comunque a coltivare la speranza, sulla scia dei nostri maestri più grandi, che in ogni caso la moltiplicazione della Carte e delle Corti, insieme alle difficoltà di coordinamento, accresca però anche le “*chance* di effettività per i diritti”⁵⁷!

⁵⁶ Cass. civ., sezione prima, sentenza 11 novembre 2014, n. 24001 (ud. 26 settembre 2014).

⁵⁷ Così G. SILVESTRI, *Lo Stato di diritto nel XXI secolo*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2011, 7.