



ISSN 2037-6677

2015/3

**Controllo di convenzionalità e Corte costituzionale
nell'esperienza italiana**

**Conventionality review and the constitutional court in
Italy**

Francesca Polacchini

Abstract

After a brief overview of the place of the European Convention of Human Rights within the sources of the Italian legal system, the article intends to present the complex saga of the conventionality review. It will proceed as follows. First the major decisions of 2007 will be analyzed; secondly, the article will focus on the switch operated by the Constitutional Court with decision no. 49 of 2015. Finally, the main problematic aspects of the new approach of the Constitutional Court will be outlined.

Tag: ECHR, conventionality, review, Italian Constitutional Court



Controllo di convenzionalità e Corte costituzionale nell'esperienza italiana

di Francesca Polacchini

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Premessa sul sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le peculiarità della Cedu rispetto alle altre fonti di diritto internazionale pattizio. 3. – Il rango della Convenzione europea anteriormente alla legge costituzionale n. 3 del 2001: l'orientamento della Corte costituzionale. 3.1. – Il ricorso alle norme Cedu in sede di integrazione, in via interpretativa, del parametro di giudizio. 4. – Il mosaico ricostruttivo tratteggiato dalla Corte costituzionale in tema di controllo di convenzionalità a partire dalle sentenze 348 e 349 del 2007. 4.1. – Il valore della Cedu come fonte interposta. 4.1.1. – L'interposizione normativa attraverso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: le sentenze della Corte Edu come “*novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”. 4.2. – I criteri di orientamento del sindacato di convenzionalità: sistemazione gerarchica della Cedu come fonte interposta avente valore subcostituzionale *versus* valutazione sistemica e non frazionata dei diritti al fine di garantire la tutela più intensa dei diritti e dei principi, costituzionali e sovranazionali, coinvolti nel controllo di convenzionalità. 4.3. – Il processo di costruzione in via ermeneutica del contenuto normativo delle disposizioni Cedu: la soggezione del giudice comune al precedente di Strasburgo di volta in volta conferente secondo l'evoluzione giurisprudenziale antecedente la sentenza 49/2015 della Corte costituzionale. 4.3.1. – *Segue*. Posizioni critiche. 4.4. – I criteri selettivi dell'intensità del vincolo del giudice nazionale al precedente di Strasburgo: i rapporti tra l'autonomia interpretativa del giudice interno e il ruolo della Corte di Strasburgo quale interprete “ultimo” della Cedu alla luce della sentenza n. 49/2015. 4.5. – Il Protocollo 16 e la procedura delle *advisory opinions*. 5. – L'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme. 5.1. – Interpretazione convenzionalmente conforme *versus* interpretazione costituzionalmente conforme: le puntualizzazioni contenute nella sentenza 49/2015 in tema di rapporto tra le esegesi conformi. 6. – La Corte costituzionale conferma l'ipotesi ricostruttiva delineata nelle sentenze 347 e 348/2007 anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. 7. – Considerazioni conclusive.

1. – Introduzione

Per controllo di convenzionalità si intende quella sequenza di operazioni logico-giuridiche nelle quali si articola la verifica circa la conformità delle disposizioni giuridiche interne alla CEDU. Si tratta di un controllo particolarmente complesso e articolato, il cui statuto procedimentale è stato definito dalla Corte costituzionale attraverso una molteplicità di pronunce con le quali sono stati approfonditi i differenti profili che interessano i rapporti tra fonti ed i rapporti tra autorità giurisdizionali interne e Corte di Strasburgo. Ne risulta un mosaico ricostruttivo la cui complessità è apprezzabile con riferimento sia alla sistematica delle fonti sia ai processi interpretativi che coinvolgono le disposizioni convenzionali.

Le ragioni di tale complessità affondano le proprie radici innanzitutto nel dato storico, dato che la riflessione costituzionalistica ha iniziato a condurre approfondimenti di carattere organico e sistematico sul tema in tempi relativamente recenti. La stessa Corte costituzionale soltanto nel 2007 è giunta a riconoscere alla CEDU una base normativa rinvenibile in Costituzione. Il controllo di convenzionalità inevitabilmente risente dell'assenza di una tradizione storico-scientifica consolidata e di un'elaborazione teorica che si è sviluppata ed affermata solo recentemente.

La complessità discende inoltre dalla configurabilità della CEDU come parametro nell'ambito del controllo di convenzionalità e come oggetto nell'ambito del controllo di costituzionalità. Invero, nell'impostazione ricostruttiva della Corte costituzionale, il controllo di convenzionalità si sviluppa nelle forme del controllo di costituzionalità, avendo la Corte costituzionale attratto nella propria sfera di competenza ogni questione relativa al potenziale contrasto tra una norma interna e una disposizione CEDU. L'impiego dell'espressione controllo di convenzionalità sembra, tuttavia, imporsi sia a fini teorico-costruttivi, sia in considerazione delle peculiarità che assume il controllo di costituzionalità quando il parametro costituzionale sia integrato da una disposizione CEDU.

Gli ulteriori profili che rivelano la problematicità del tema attengono al duplice criterio che sembra orientare la Corte in occasione della verifica circa la compatibilità "convenzionale" di una determinata fonte interna.

Infine, a ciò deve aggiungersi la difficile sistemazione della questione relativa al valore del precedente della Corte EDU. Quando viene in rilievo una “questione di convenzionalità” il ricorso al precedente di Strasburgo caratterizza in modo peculiare la struttura argomentativa del discorso giuridico sia dei giudici comuni sia della Corte costituzionale. Precisamente, il precedente assume rilievo centrale al fine di individuare l'esatto contenuto normativo della disposizione Cedu di volta in volta conferente ed è, pertanto, essenziale chiarire quali sono le condizioni in presenza delle quali il giudice interno ha l'obbligo di aderire a tale precedente.

2. – Premessa sul sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le peculiarità della Cedu rispetto alle altre fonti di diritto internazionale pattizio

L'esame del controllo di convenzionalità nel sistema italiano richiede il preliminare svolgimento di alcune considerazioni volte a porre in luce la particolare natura del sistema convenzionale di protezione dei diritti fondamentali.

La Cedu si distingue dai normali trattati di diritto internazionale per diversi ordini di considerazioni.

In primo luogo, viene il rilievo il contenuto della Convenzione, che si sostanzia nel riconoscimento e nella tutela dei diritti fondamentali, riflettendo la vocazione universalistica di tale documento internazionale a cui si accompagna la sua sostanza costituzionale¹. A ciò deve aggiungersi che, come accade per i diritti fondamentali costituzionalmente previsti, il cui contenuto minimo indefettibile deve essere garantito anche ai non cittadini, anche la protezione prevista dalla Cedu è accordata non solo ai cittadini degli Stati che hanno ratificato la Convenzione, ma anche a tutti gli altri soggetti i cui diritti siano stati lesi da uno di tali Stati.

In secondo luogo, la Convenzione ha istituito un sistema oggettivo di tutela che non prevede il principio di reciprocità, tipico dei trattati internazionali, secondo il quale lo Stato parte è tenuto a rispettare il trattato a condizione e nella misura in cui anche le altre parti

¹ S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 188.

contraenti ne osservino le previsioni². La Corte di Strasburgo, sottolineando il carattere peculiare della Convenzione in quanto trattato recante garanzie collettive dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, reputa infatti necessario il superamento della logica della semplice reciprocità tra gli Stati contraenti: la Convenzione non crea mere obbligazioni sinallagmatiche bilaterali, ma obbligazioni oggettive. Secondo la Corte, tutti i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione devono essere interpretati alla luce dello *spirito* (*l'esprit general*) della Convenzione «destinata a salvaguardare e promuovere gli ideali e i valori di una società democratica»³. Già nel caso *Loizidou*⁴, la Corte assumeva la Convenzione come «strumento dell'ordine pubblico europeo» per la protezione degli esseri umani, riservando a sé, in virtù dell'art. 19 Cedu, il compito (“*mission*”) di vigilare sul rispetto degli impegni discendenti dalla Convenzione da parte degli Stati contraenti⁵.

Infine, la Convenzione ha istituito un meccanismo di giurisdizionalizzazione dei diritti in essa contemplati. L'ordine giuridico Cedu comprende una vera e propria struttura giudiziaria, che fa capo alla Corte europea, e un organo politico, il Comitato dei ministri, che ha il compito di verificare che gli Stati ottemperino all'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte.

Come è stato osservato, l'equiparazione della Cedu ad un qualunque trattato internazionale, che la Corte costituzionale continua a patrocinarne, sembra trascurare la storia recente della Cedu ed il suo progressivo affermarsi come principale strumento europeo di tutela dei diritti umani. In tal senso, è prospettabile che tale impostazione sia destinata a cadere al cospetto della centralità assunta dai diritti convenzionali nel contesto dei Paesi europei e della straordinaria capacità di penetrazione delle sentenze della Corte di Strasburgo⁶.

3. – Il rango della Convenzione europea anteriormente alla legge costituzionale n. 3 del 2001: l'orientamento della Corte costituzionale

² V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 70.

³ CtEDU, GC, sent. 4 febbraio 2005, *Mamatkoulou e Askarov c. Turchia*.

⁴ CtEDU, sent. 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turchia*.

⁵ CtEDU, sent. 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*.

⁶ R. Conti, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. Cosio, R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 245 ss.

Prima della riforma del 2001 del titolo V della Costituzione, l'ordinamento italiano si è accostato alla Convenzione seguendo l'impostazione rigidamente dualista che tradizionalmente caratterizza l'impianto ricostruttivo dei rapporti tra ordinamento interno e diritto internazionale. Secondo tale impostazione, le fonti del diritto internazionale non esplicano effetti giuridicamente vincolanti all'interno dell'ordinamento nazionale fino a quando non vengano trasposte in fonti di diritto interno. Avvenuta la trasposizione, le stesse assumono il medesimo valore dell'atto di recepimento⁷.

Come ogni altro trattato internazionale, anche la Convenzione europea era stata assoggettata a tale principio ed essendo stata recepita tramite legge ordinaria (l. 848/1955) aveva assunto il valore di quest'ultima, con il logico corollario della possibilità di essere abrogata per effetto di atti successivi aventi valore di legge, in forza degli ordinari criteri di ordinazione delle fonti in sistema. Si trattava, evidentemente, di una ricostruzione che poneva la CEDU in una condizione di debolezza: le norme della Convenzione non solo non potevano fungere da parametro nel giudizio di legittimità costituzionale, ma risultavano, altresì, potenzialmente suscettibili di abrogazione ad opera di qualsiasi legge ordinaria successiva. Il mancato riconoscimento alla Cedu di un valore superiore a quello di legge ordinaria sembrava giustificato dall'impossibilità, che emerge anche dalla giurisprudenza più recente, di ricondurre tale Convenzione entro la sfera di operatività delle disposizioni costituzionali di apertura dell'ordinamento italiano alle fonti di derivazione esterna (artt. 10 e 11 Cost.)⁸. Come evidenziato dalla Corte costituzionale, l'art. 10 prevede l'adattamento automatico dell'ordinamento nazionale alle sole consuetudini internazionali, con esclusione delle fonti internazionali pattizie⁹. Secondo l'ipotesi ricostruttiva del Giudice delle leggi era (ed è) da escludere anche la riconducibilità della CEDU entro la sfera

⁷ Secondo le parole della Corte costituzionale «L'adattamento alle norme internazionali pattizie avviene per ogni singolo trattato con un atto ad hoc consistente nell'ordine di esecuzione adottato di regola con legge ordinaria. Ne consegue che i trattati internazionali vengono ad assumere nell'ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione. Quando l'esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, essi acquistano pertanto la forza ed il rango di legge ordinaria che può essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva. È rimasta minoritaria in dottrina, e non è mai stata condivisa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, né di questa Corte, la tesi secondo la quale i trattati internazionali, pur introdotti nel nostro ordinamento da legge ordinaria, assumerebbero un rango costituzionale o comunque superiore, così da non poter essere abrogati o modificati da legge ordinaria in forza del principio del rispetto dei trattati (*pacta sunt servanda*), norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta. In tal modo si verrebbe a ricondurre le norme internazionali pattizie sotto l'impero dell'art. 10, primo comma, della Costituzione, mentre - come si è detto - esso è stato così formulato proprio per limitarlo alle norme generali materiali ed escludere dalla sua sfera di applicazione i trattati, in quanto la norma generale "*pacta sunt servanda*" è norma strumentale non suscettibile di applicazione nell'ordinamento interno» (sentenza 323/1989).

⁸ L. Mezzetti – F. Polacchini, *Primacy of Supranational Law and Supremacy of the Constitution in the Italian Legal System*, in L. Mezzetti (edited by), *International Constitutional Law*, Giappichelli, Torino, 2014, p.146.

⁹ Corte cost., sentt. 168/1994, 15/1996 e 73/2001.

normativa dell'art. 11 Cost., non essendo la Cedu qualificabile come “ordinamento” a favore del quale l'Italia acconsente a limitazioni della propria sovranità¹⁰.

Soltanto in una pronuncia, rimasta isolata, la Corte costituzionale ha riconosciuto l'impossibilità per una legge ordinaria di abrogare o modificare le disposizioni convenzionali. Più precisamente ha chiarito che l'art. 6, comma 3, lettera a) della Cedu, pur avendo «la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione», non potrebbe essere stato abrogato dalle disposizioni del codice di procedura penale ad esso posteriori, in quanto derivante «da una fonte riconducibile ad una competenza atipica» e quindi insuscettibile «di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria»¹¹. La Consulta non conferiva rilievo costituzionale alla Convenzione, ma riconosceva ad essa una collocazione privilegiata nella gerarchia delle fonti del diritto, sebbene limitata ad una peculiare forza passiva, intesa come capacità di resistenza all'abrogazione ad opera di norme primarie posteriori. Le disposizioni convenzionali divenivano, dunque, applicabili nell'ordinamento interno indipendentemente dall'emanazione di leggi con esse incompatibili e ciò in virtù dell'atipicità della fonte da cui la Cedu deriva. Si tratta tuttavia di un arresto giurisprudenziale che non ha avuto seguito nella giurisprudenza costituzionale.

3.1. – Il ricorso alle norme Cedu in sede di integrazione, in via interpretativa, del parametro di giudizio

L'analisi della giurisprudenza costituzionale consente di osservare che l'affermazione della pari ordinazione tra Cedu e leggi ordinarie, pur escludendo la possibilità per la prima di assumere valore di parametro alla luce del quale fondare la validità della norma impugnata, non ha impedito al Giudice delle leggi di ricorrere alle disposizioni convenzionali come ausilio interpretativo per chiarire la portata delle norme costituzionali in materia di diritti. Come è stato osservato¹², è attraverso l'interpretazione che divengono palesi le potenzialità comunicative tra l'ordine interno e l'ordine internazionale. Ne discende che spetta alle Corti costituzionali il compito di dare il giusto contenuto alle disposizioni della Costituzione in armonia con i processi storici e segnare le vie mediante le quali le Costituzioni accolgono e proteggono, armonizzandoli con il loro nucleo

¹⁰ Corte cost., sent. 188/1980.

¹¹ Corte cost., sent. 10/1993.

¹² G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 2004, p. 27.

fondamentale di garanzia, anche diritti espressi da fonti extrastatali. Questa operazione è stata facilitata dalla contiguità materiale tra le disposizioni convenzionali e costituzionali in tema di diritti ed ha consentito lo sviluppo di processi di convergenza interpretativa anche al di fuori delle premesse ricostruttive assunte dalla Corte. E' possibile osservare come alla svalutazione della CEDU sul piano della teoria delle fonti si sia accompagnata una sua valorizzazione sul piano ermeneutico, che si esprime attraverso l'impiego della CEDU come strumento in grado di arricchire il contenuto delle disposizioni costituzionali in tema di diritti fondamentali.

In proposito, si può notare come, sin dalle prime pronunce in materia, la Corte, pur mantenendo ferme premesse rigidamente dualistiche, abbia fatto largo impiego dei trattati sui diritti umani nel senso dell'integrazione in via interpretativa delle disposizioni costituzionali sui diritti. Si può ricordare la sent. 104/1969, nella quale la Corte afferma che, rispetto al catalogo costituzionale, l'art. 8 Cedu «ha, nei confronti delle correlative norme della Costituzione qualche sfumatura di migliore precisazione della tutela della riservatezza» nella misura in cui, in particolare, enuncia positivamente le condizioni di legittimità dell'ingerenza della pubblica autorità nella vita privata e familiare. Vi è, poi, la sent. 38/1973, in cui si afferma che rientrano tra i diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti dall'art. 2 Cost e «affermati anche negli artt. 3, secondo comma, e 13, primo comma» i diritti al proprio decoro, al proprio onore, alla propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, «sanciti espressamente negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo», quasi a ritenere che la Cedu possa dispiegare l'effetto di integrare il contenuto di clausole generali della Costituzione, nel contesto di una sua interpretazione evolutiva alla luce del patrimonio normativo maturato nell'esperienza del sistema convenzionale¹³.

Ancora più incisivamente, nella sent. 388/1999 si legge che «Indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale, mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione, è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 Cost., sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona, ma anche perchè, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse

¹³ A. Schillaci, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli, 2012, p. 450.

formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione». Come è stato rilevato, la pronuncia non smentisce, ma dà per presupposto, il crescente ricorso all'eterointegrazione di contenuti normativi, confermando, tuttavia, un controllo da parte della Corte dei processi di eterointegrazione che la stessa riconosce¹⁴.

4. – Il mosaico ricostruttivo tratteggiato dalla Corte costituzionale in tema di controllo di convenzionalità a partire dalle sentenze 348 e 349 del 2007

L'orientamento della Corte costituzionale in tema di controllo di convenzionalità e di *status* della Cedu è mutato radicalmente in seguito alla modifica dell'art. 117 Cost., ad opera della legge costituzionale 3/2001. Il nuovo testo dell'art. 117, comma 1 Cost. prevede che «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». A partire dalle sentenze 348 e 349 del 2007, la Corte ha ravvisato in tale disposizione il riferimento costituzionale alla Cedu e, in generale, ai trattati internazionali, escludendo che possano venire in rilievo gli artt. 10 e 11 Cost. Con riferimento all'art. 10, la Corte precisa che esso si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie, alle quali l'ordinamento giuridico italiano si adatta in modo automatico. Le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa dell'art. 10. L'art. 10, comma 1 è invocabile come parametro solo qualora venga in rilievo una disposizione convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta.

Parimenti, il Giudice delle leggi esclude la riconducibilità delle disposizioni Cedu all'ambito operativo dell'art. 11 Cost., non essendo individuabile, con riferimento alle norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale, riconfermando quanto già chiarito nella giurisprudenza precedente¹⁵. La CEDU, a differenza dell'Unione europea, non si configura come un ordinamento sovranazionale¹⁶, ma come semplice

¹⁴ C. Pinelli, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.* 1999, p. 2999.

¹⁵ Corte cost., sent. 188/1980.

¹⁶ Corte cost., sent. 348/2007: «La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione

trattato con il quale gli Stati hanno espresso un comune consenso circa la salvaguardia di una serie di diritti della persona. A presidio della effettiva tutela di quei diritti, gli Stati non hanno delegato competenze normative ad un soggetto esterno, ma hanno attribuito ad un giudice esterno – la Corte europea – il compito di fornire una interpretazione centralizzata e dunque uniforme della Convenzione¹⁷.

Il fondamento costituzionale della Cedu, come di ogni altro trattato internazionale¹⁸, è, quindi, individuato nell'art. 117, comma 1 Cost., che le norme convenzionali vanno ad integrare assumendo natura di norme interposte aventi valore sub-costituzionale. Con l'art. 117, comma 1, si realizza un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, così da essere qualificata come norma interposta (*infra*, par. 4.1).

Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a tutta la Costituzione. Lo scrutinio di costituzionalità non può, quindi, limitarsi alla possibile lesione dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili, ma deve estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali. Pertanto, in occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta. La Cedu diviene, quindi, elemento di una duplice verifica nella quale assume valore di parametro e di oggetto del sindacato di costituzionalità. In qualità di oggetto, qualora risulti in contrasto con una norma costituzionale, la sanzione individuata dalla Corte consiste nell'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, con conseguente espunzione dall'ordinamento giuridico italiano.

La Corte esclude che l'incompatibilità della norma interna con la norma della Cedu possa trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune. Diversamente dalle norme comunitarie, le norme internazionali pattizie non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, pertanto non possono essere portate ad immediata

dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri».

¹⁷ G. Tesaurò, *Il dialogo tra giudice italiano e corti europee*, in *Atti del Convegno nazionale - Nuovi assetti delle fonti del Diritto del Lavoro*, Otranto, 10-11 giugno 2011, CASPUR-CIBER Publishing, 2011, p. 28.

¹⁸ Corte cost., sent. 7/2013.

applicazione da parte dei giudici nazionali in caso di antinomia con fonti interne. La Corte attrae, quindi, a sé il controllo di convenzionalità delle fonti interne, ponendo il divieto per il giudice comune di risolvere l'antinomia tra norma interna e norma internazionale mediante la non applicazione della prima. Tuttavia, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale per supposta violazione dell'art. 117, comma 1 Cost., il giudice deve tentare di conciliare in via interpretativa il contenuto dell'oggetto e del parametro. Soltanto qualora il tenore testuale dell'oggetto osti a tale operazione di esegesi convenzionalmente conforme sarà possibile sollevare l'incidente di costituzionalità (*infra*, par. 5).

Una volta adita, la Corte orienterà il sindacato di convenzionalità assumendo il criterio del ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, imposto dall'art. 117, comma 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione. Nel contesto di tale operazione di bilanciamento, 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 diritti¹⁹. La Corte chiarisce che nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso «il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela». In ogni caso, «il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma Cedu sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali. (...) Con riferimento ad un diritto fondamentale, l'osservanza degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa». In proposito, la Corte sottolinea la necessità di operare una valutazione «sistemica e non frazionata» dei diritti fondamentali, in modo da assicurare la «massima espansione delle garanzie» esistenti di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, i quali si trovano sempre in rapporto di integrazione reciproca²⁰.

¹⁹ Corte cost., sent. 317/2009.

²⁰ Corte cost., sentt. 264/2012, 85, 170, 202/2013, 191/2014, 10/2015.

La Corte precisa, inoltre, che la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé considerata. Ciò in quanto le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea. La peculiarità delle disposizioni CEDU, nell'ambito della categoria delle fonti interposte, consiste infatti nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, gli Stati contraenti sono vincolati ad uniformarsi²¹. Invero, recentemente la Consulta ha precisato che il vincolo ermeneutico alla giurisprudenza di Strasburgo sorge solo in presenza di pronunce che siano espressione di un orientamento consolidato (*infra*, par. 4.3). Il valore della giurisprudenza di Strasburgo è testimoniato dalla circostanza che tutte le volte in cui viene in rilievo una disposizione convenzionale, la Corte ne ricostruisce il significato precettivo operando un'analitica ricognizione dei precedenti della Corte EDU²². La Corte preclude anche a se stessa la possibilità di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo. Tuttavia, si riserva di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost.

Dopo aver operato la ricognizione generale di tutte le tessere di cui si compone il mosaico ricostruttivo, operazione necessaria al fine di inquadrare il controllo di convenzionalità entro un quadro teorico complessivo, è possibile procedere all'esame di ciascuna di esse.

4.1. – Il valore della Cedu come fonte interposta

La Corte ha chiarito che la struttura dell'art. 117, comma 1, «si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria (...). Nel caso

²¹ Corte cost., sent. 348/2007.

²² Corte cost., *ex plurimis*, sentt. 311/2009, 317/2009, 93/2010 con riferimento all'art. 6 Cedu; sentenza 39/2008, con riferimento all'art. 8 Cedu; sent. 187/2010, con riferimento all'art. 14 Cedu.

specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato».

La Corte qualifica pertanto le norme CEDU come fonti interposte ed al riguardo precisa ulteriormente che «la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione». Occorre quindi verificare, prosegue la Corte, «se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte²³, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano».

Il riconoscimento alle norme CEDU del valore di norme interposte si accompagna ad una duplice precisazione. La prima attiene al rango sub-costituzionale delle fonti interposte, la seconda alla necessità che le stesse si pongano in armonia con tutte le disposizioni costituzionali interne.

Nella letteratura costituzionalistica italiana, la teorizzazione della categoria delle norme interposte è riconducibile alle riflessioni di Carlo Lavagna²⁴. Secondo l'Autore, tale fenomeno si riscontrerebbe nei casi in cui la norma, pur essendo tratta da «*testi costituzionali?*», sia invocabile solo indirettamente, «inserendosi fra questi ultimi e le norme legislative che si ritengono viziate altre norme, dotate di mera forza legislativa e che potrebbero chiamarsi norme interposte» e «queste norme con efficacia di legge ordinaria (...) per esplicito disposto della Costituzione vincolano o limitano altre norme giuridiche»²⁵. Le norme interposte, quindi, pur avendo la medesima forza delle norme ad esse collegate, vincolerebbero queste ultime al loro rispetto non per volontà propria, ma per disposto costituzionale. Come aveva evidenziato Vezio Crisafulli, con riferimento ad un tipico esempio di norma interposta, la legge di delegazione, «la forza dei decreti legislativi delegati (...) si arresta nei confronti delle rispettive leggi di delegazione, dovendo essi sottostare – a

²³ Si fa riferimento alla Corte Edu.

²⁴ C. Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta fondatezza»*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 25.

²⁵ C. Lavagna, *op. cit.*, p. 28 ss.

pena d'invalidità – a tutti i limiti, di oggetto, di tempo, e di principi e criteri direttivi, prefissati nella delega, e questo si verifica perché così dispone la Costituzione (all'art. 76)»²⁶.

Secondo Lavagna, rientrerebbero in questa categoria le leggi di delegazione, i principi fondamentali posti o deducibili dalle leggi statali (atti a vincolare le leggi regionali), le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e le norme contenute nei Patti Lateranensi.

La Corte costituzionale precisa che la CEDU ha «rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria». In proposito, tuttavia, è stato osservato²⁷ che il vincolo che discende dalle norme interposte nei confronti di norme successive deriva dalla loro parametricità, determinata dal particolare rapporto che intercorre tra esse ed una norma costituzionale, in base al quale il contrasto con una norma interposta costituisce automaticamente violazione della norma costituzionale. Tale rapporto ha una valenza esclusivamente funzionale, quella di attribuire alle norme interposte il carattere di norme parametro della legittimità costituzionale di eventuali norme successive, senza bisogno di determinare alcuna variazione in termini di gerarchia. Le fonti che contengono norme qualificabili come interposte, pertanto, non si distinguono dalle altre fonti previste dall'ordinamento giuridico né in termini di gerarchia né in termini di competenza: la loro caratteristica risiede nel fatto di essere composte da norme che assolvono la funzione di parametro del giudizio di legittimità costituzionale²⁸. La Corte costituzionale, invece, sembra impostare il fenomeno dell'interposizione normativa in termini di gerarchia tra fonti giuridiche, qualificando la CEDU come fonte subcostituzionale.

La CEDU presenta ulteriori peculiarità rispetto alle altre ipotesi di norme interposte. Il primo profilo di differenziazione consiste nella soggezione della fonte all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi²⁹. In tal senso, l'interposizione è operata non dalla fonte, ma dalle sentenze che chiariscono il significato di tale fonte. Il parametro di cui all'art. 117, comma 1 Cost. viene integrato e reso operativo non dalle disposizioni CEDU, ma dalle sentenze della Corte di Strasburgo, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie concreta la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato.

²⁶ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (la Corte costituzionale)*, II, Cedam, Padova, 1974, p. 89.

²⁷ S.M. Cicconetti, *Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2011, p. 3 ss.

²⁸ S.M. Cicconetti, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *www.rivistaaic.it*, 2008.

²⁹ Corte cost., sent. 348/2007.

In secondo luogo, la peculiarità dell'interposizione normativa attraverso la CEDU è legata alle dinamiche di interpretazione e applicazione del diritto stesso e, più in generale, al concreto operare del giudizio di legittimità³⁰. La parametricità della CEDU nel giudizio di costituzionalità non può essere ricondotta esclusivamente alla gerarchia delle fonti, ma investe la più complessa questione della progressiva integrazione materiale tra ordinamenti in virtù di convergenze interpretative³¹. In questa prospettiva, si potrebbe sostenere che il giudizio di costituzionalità non si riduce, per ciò che riguarda la CEDU, a sede di astratto confronto tra norme, ma diviene sede di gestione delle relazioni tra ordinamenti, sotto il profilo della ricerca di convergenze interpretative che investono il momento della costruzione dell'oggetto e del parametro di giudizio.

4.1.1. – L'interposizione normativa attraverso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: le sentenze della Corte Edu come “*novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”

La Corte costituzionale, in numerose occasioni³², ha provveduto a chiarire che le disposizioni CEDU vivono secondo l'interpretazione che di esse viene data dalla Corte di Strasburgo. Come chiarito nella sentenza 348/2007, «Poiché (...) le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare le norme come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata». Tuttavia, solo recentemente, con l'ordinanza 150/2012, il Giudice delle leggi ha considerato una decisione della Corte EDU, precisamente della Grande Camera³³, come un «*novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta». Sebbene la Corte non qualifichi la sopravvenienza della sentenza della Grande Camera come fattispecie propriamente riconducibile ad un'ipotesi di *ius superveniens*³⁴, tuttavia si è in presenza di elemento

³⁰ S.M. Cicconetti, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, op. cit.

³¹ A. Schillaci, *La CEDU e l'ordinamento italiano nella giurisprudenza costituzionale*, in A. Cerri, M.R. Donnarumma (a cura di), *Il costituzionalismo multilivello. Profili sostanziali e processuali*, Aracne, Roma, 2013, p. 161.

³² Corte cost., ex plurimis sentt. 348 e 349/2007, 311 e 317/2009, 187 e 196 del 2010, 236/2011.

³³ CtEDU, GC, sent. 13 novembre 2011, *S. H. c. Gov. Austria*.

³⁴ Nell'ordinanza 150/2012 la Corte qualifica come *ius superveniens* le seguenti fattispecie: modificazione della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio (ex plurimis, ordinanze 14, 76, 96, 117, 165, 230, 386 del 2002), modificazione della disposizione che integra il parametro costituzionale (ordinanze 516/2002 e 216/2003), considerevoli modifiche del quadro normativo, pur restando immutata la disposizione censurata (ex plurimis, ordinanza 378/2008).

accostabile ad esso, almeno sul piano dell'effetto di alterare il parametro della questione di legittimità costituzionale, con conseguente necessità di restituire gli atti al giudice *a quo*.

La peculiarità di tale ordinanza, pronunciata con riferimento alla questione di costituzionalità relativa al divieto di inseminazione artificiale eterologa, risiede quindi nella motivazione che sorregge la restituzione degli atti, che viene fondata su un mutamento di giurisprudenza della Corte EDU, intervenuto dopo che la questione era stata sollevata³⁵. In particolare la Sez. I della Corte EDU³⁶ aveva ritenuto che, in un ordinamento che consente la procreazione artificiale, il diritto di una coppia di farne uso per concepire un figlio rientra nella sfera dell'art. 8 Cedu, in quanto espressione della vita privata e familiare, per cui i divieti di accesso ad alcune tecniche di procreazione artificiale, nella misura in cui pongono una coppia sterile in posizione differenziata rispetto alle altre, violano l'art. 14 CEDU, se non giustificati da finalità oggettive e ragionevoli e dal rispetto del criterio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti.

Tale interpretazione è poi stata modificata dalla decisione della Grande Camera³⁷, la quale ha ritenuto che il divieto di fecondazione assistita eterologa vigente nell'ordinamento austriaco, pur costituendo un'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata e familiare degli aspiranti genitori, riguarda una materia controversa ed eticamente sensibile la cui disciplina normativa deve essere affidata al margine di apprezzamento degli Stati. La Corte, inoltre, ha osservato come nel caso di specie la normativa austriaca fosse il risultato di un bilanciamento accettabile tra i diritti degli aspiranti genitori e quelli dei terzi e della collettività, non lesivo degli art. 8 e 14 CEDU.

A giustificazione del provvedimento di restituzione in esame, la Corte costituzionale richiama due presupposti, tratti dalla propria precedente giurisprudenza: a) il significato che il giudice comune deve riconoscere all'interpretazione data dalla Corte EDU alle norme della CEDU; b) la sopravvenuta modifica del parametro costituzionale o della norma interposta.

L'importanza dell'ordinanza in esame è data dalla valorizzazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo quale fonte di possibile modificazione non solo

³⁵ R. Romboli, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in www.giurcost.org, 2012, p. 6 ss.

³⁶ CtEDU, sent. 1 aprile 2010, *S. H. c. Gov. Austria*.

³⁷ CtEDU, GC, sent. 13 novembre 2011, *S. H. c. Gov. Austria*.

dell'interpretazione, ma anche del contenuto stesso del parametro interposto. Tale mutamento viene infatti definito come «un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta».

Come è stato osservato, la rimessione al giudice *a quo* della valutazione degli effetti prodotti dalla sentenza della Grande Camera segna un ulteriore passo verso la parificazione del diritto scritto a quello vivente delle Corti, aprendo scenari non ancora ben definiti e definibili³⁸.

A ciò deve aggiungersi l'espressa qualificazione delle sentenze di Strasburgo (a condizione che siano espressione di un orientamento consolidato: *infra*, par. 4.3) quali norme interposte del sindacato incidentale di legittimità costituzionale: ciò che integra l'art. 117, comma 1 Cost. non è la disposizione Cedu, ma «il risultato ormai stabilizzatosi della giurisprudenza europea» (Corte cost., sent. 49/2015).

4.2. – I criteri di orientamento del sindacato di convenzionalità: sistemazione gerarchica della Cedu come fonte interposta avente valore subcostituzionale *versus* valutazione sistemica e non frazionata dei diritti al fine di garantire la tutela più intensa dei diritti e dei principi, costituzionali e sovranazionali, coinvolti nel controllo di convenzionalità

Come chiarito dalla Corte costituzionale nelle sentenze 348 e 349 del 2007, nel contesto del controllo di convenzionalità le disposizioni CEDU costituiscono un parametro interposto che ha «rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria». Tale inquadramento rinvia ad un contesto teorico di riferimento di natura gerarchico-formale³⁹, al quale, a partire dalla sentenza 317/2009, sembra affiancarsi in modo dialettico un'impostazione ricostruttiva che assume il criterio della tutela più intensa come criterio di risoluzione delle antinomie tra fonti.

Come si legge nella sentenza 317/2009 «È evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela

³⁸ R. Conti, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. Cosio, R. Foglia. (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 256 ss.

³⁹ A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2007; Id., *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Consulta online*, 2013.

inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che 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. Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela.(...) Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali».

Sulla base di questa affermazione, la Corte ha elaborato un test di ammissibilità delle ordinanze di rinvio fondato sul *plus* di tutela garantito dal diritto CEDU rispetto a quello di cui è espressione la Costituzione, esprimendo il principio per il quale le disposizioni della CEDU possono essere richiamate come norme interposte solo nel caso in cui le libertà costituzionali non siano sufficienti a soddisfare il bisogno di giustizia costituzionale espresso dal giudizio principale ed una tale affermazione deve essere oggetto di un'espressa motivazione da parte del giudice rimettente sotto due diversi profili: deve essere adeguatamente descritta la fattispecie oggetto del giudizio principale (Corte cost., sentt. 64 e 65/2011) e deve essere indicato in che misura l'applicazione della norma internazionale invocata determina un *plus* nella tutela della posizione sostanziale attivata nel processo rispetto alla norma costituzionale (Corte cost., sent. 31/2011)⁴⁰.

Questo nuovo arresto teorico-ricostruttivo in tema di rapporti tra fonti sembra porsi come modello alternativo rispetto a quello fondato sull'ordinazione gerarchica tra materiali normativi proposto nelle sentenze 348 e 349 del 2007. Infatti, la tutela più intensa, a livello teorico, potrebbe essere offerta dalla fonte interna di rango primario piuttosto che dalla disposizione CEDU. In tal caso, il rispetto dell'impianto di natura gerarchico-formale, che

⁴⁰ G.L. Conti, *Mantenere nel tempo il valore del giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, in C. Decaro, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia. Atti del Seminario svoltosi a Roma, alla Luiss Guido Carli, il 18 novembre 2011*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 36 ss.

vede la CEDU come fonte sovraordinata alla legge, imporrebbe al giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1 e alla Corte costituzionale di caducare la fonte interna. Diversamente, in virtù del criterio della massima espansione delle tutele, l'esito dell'incidente di costituzionalità dovrebbe risolversi nella dichiarazione dell'inidoneità della disposizione CEDU ad integrare il parametro. In tal caso, non si assisterebbe ad un bilanciamento tra il principio del rispetto degli obblighi internazionali e l'esigenza di non sacrificare altri beni costituzionalmente protetti poiché è la stessa Convenzione europea a limitare le proprie potenzialità applicative qualora le stesse si risolvano in un deficit di tutela rispetto ad un diritto fondamentale. L'art. 53 CEDU, infatti, dispone che «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi».

Parimenti, dall'impostazione metodologica di ordine assiologico-sostanziale che sorregge il criterio della ricerca della tutela più intensa potrebbe discendere un arretramento della stessa Costituzione rispetto alla CEDU, qualora si dimostri che la più "intensa" tutela proviene dalla Convenzione. La prospettiva ricostruttiva dei rapporti tra fonti interne (di rango ordinario e di rango costituzionale) fondata sul criterio della tutela più intensa sembra, quindi, porsi in contraddizione con l'impianto teorico che vede la Convenzione europea quale fonte subcostituzionale.

Secondo autorevole dottrina, la ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali come criterio idoneo a regolare le relazioni intersistemiche rappresenta l'autentica *Grundnorm* che presiede ai processi interpretativi che si impiantano e si svolgono tanto in ambito interno quanto in ambito sovranazionale. E' proprio il canone della tutela più intensa il solo che possa spingersi persino oltre la "sostanza" della giurisprudenza di Strasburgo che, in sé e per sé considerata, sembra essere inderogabile⁴¹.

In senso contrario, si osserva che nel momento in cui la Corte dichiara l'incostituzionalità di una disposizione di legge per contrasto con disposizioni CEDU che fissano il contenuto di una libertà in termini più ampi rispetto a quelli previsti a livello costituzionale, si ammette una torsione del sistema costituzionale, alterando l'equilibrio tra

⁴¹ A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2014, pp. 7 e 14.

diritti e doveri del cittadino che è alla base della forma di Stato repubblicana. Ciò determinerebbe un mutamento del ruolo della Corte costituzionale, da custode della Costituzione a sacerdote delle torsioni costituzionali determinate dalla tutela multilivello dei diritti dell'uomo⁴².

Si assiste, quindi, ad una tensione dialettica tra l'opzione che vede il rango della fonte come elemento che deve guidare il controllo di convenzionalità e la differente ipotesi teorica che assume non il rango, ma il contenuto normativo della fonte ed il grado di tutela che la stessa offre ai diritti fondamentali quale criterio che deve orientare il controllo di convenzionalità.

4.3. – Il processo di costruzione in via ermeneutica del contenuto normativo delle disposizioni CEDU: la soggezione del giudice comune al precedente di Strasburgo di volta in volta conferente secondo l'evoluzione giurisprudenziale antecedente la sentenza 49/2015 della Corte costituzionale

Uno dei nodi teorico-giuridici più controversi che emergono in tema di controllo di convenzionalità è quello relativo all'individuazione della portata precettiva della disposizione CEDU che viene in rilievo nel caso concreto. A tal proposito, l'interrogativo che si pone è se il giudice nazionale possa offrire una propria interpretazione alle disposizioni CEDU oppure se sia vincolato ad assumere le stesse secondo il significato individuato dalla Corte di Strasburgo. Si tratta di un quesito che riveste un decisivo significato pratico poiché condiziona il processo di costruzione del parametro che sarà assunto in sede di controllo di convenzionalità.

La sistemazione di tale questione è stata oggetto di un percorso giurisprudenziale il cui arresto più recente si rintraccia nella sentenza 49/2015, che indica i criteri selettivi che devono orientare il giudice comune nell'utilizzo del precedente della Corte EDU.

Prima dell'adozione di tale pronuncia, dalla giurisprudenza costituzionale sembrava emergere un vincolo particolarmente stringente per il giudice nazionale, che era tenuto a seguire l'esegesi delle disposizioni convenzionali compiuta dalla Corte europea. La rigidità

⁴² G. L. Conti, *Mantenere nel tempo il valore del giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, in C. Decaro, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia. Atti del Seminario svoltosi a Roma, alla Luiss Guido Carli, il 18 novembre 2011*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 37.

di tale condizionamento ermeneutico è stata oggetto di diverse oscillazioni, espresse in alcuni arresti giurisprudenziali di cui si indicheranno brevemente i passaggi argomentativi fondamentali.

Nella sentenza 348/2007 emergeva una «funzione interpretativa eminente» propria della Corte europea, che si sostanzia nel fatto che «le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che viene data loro dalla Corte europea». Nella successiva sentenza 349/2007 la Corte chiarisce che una delle peculiarità che distinguono la CEDU dagli altri accordi internazionali risiede nella necessità che le disposizioni convenzionali siano assunte secondo il significato ad esse attribuito dal «“suo” giudice», “cui spetta la parola ultima e la cui competenza «si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» dalla medesima (art. 32, comma 1, della CEDU)». Per la generalità degli accordi internazionali opera, invece, il differente principio secondo cui la loro «interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale».

La consacrazione del ruolo della giurisprudenza avviene, quindi, per via giurisprudenziale: è una Corte a fornire solida legittimazione ad un'altra Corte. Al riconoscimento della funzione interpretativa eminente della Corte EDU segue un passaggio in cui si afferma che «[s]i deve [...] escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali», dovendosi “[t]ale controllo [...] sempre ispirar[e] al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, comma 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione». Si poteva, quindi, ancora legittimamente dubitare della sussistenza di un monopolio esclusivo, in capo alla Corte europea, circa il significato da attribuire alla CEDU senza possibilità alcuna, da parte di giudici comuni e specialmente da parte della Corte costituzionale, di integrare quel significato. Tuttavia, a distanza di un anno, nella decisione 39/2008, facendo dire attraverso la tecnica di citazione manipolativa del precedente quanto in realtà non era stato detto nelle decisioni del 2007⁴³, il Giudice delle leggi sottolinea che tali decisioni avevano precisato che la peculiarità delle norme della CEDU nell'ambito della

⁴³ O. Pollicino, *Corti europee e allargamento dell'Europa. Evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 1 ss.

categoria delle norme interposte risiede «nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi». Un vincolo interpretativo, dunque, assoluto e incondizionato alla giurisprudenza della Corte europea in capo ai giudici comuni ed alla Corte costituzionale per quanto riguarda l'inquadramento dell'esatta portata della norma convenzionale. Vincolo che non emergeva dalle decisioni del 2007 e che viene invece confermato dalle decisioni 311 e 317/2009, dove espressamente si dice che alla Corte costituzionale, salvo ovviamente l'eventualità che una norma CEDU sia in contrasto con la Costituzione, «è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve» (sent. 311/2009). Alla valorizzazione del vincolo interpretativo nei confronti della giurisprudenza della Corte europea si accompagna, tuttavia, il riconoscimento della possibilità che, in determinati casi, la stessa Corte europea attribuisca agli Stati membri la facoltà di discostarsi da quanto previsto dagli orientamenti di Strasburgo. Ciò può avvenire, come specifica la decisione n. 311/2009, in relazione, ad esempio, alla possibilità che per «motivi imperativi di interesse generale, il legislatore si possa sottrarre al divieto, ai sensi dell'art. 6 CEDU, di interferire nell'amministrazione della giustizia». Inoltre, sempre in tale pronuncia, si stabilisce che il vincolo interpretativo per il giudice comune opera con riferimento alla “sostanza” della giurisprudenza di Strasburgo: «Beninteso, l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea (Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; Corte eur. dir. uomo 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03)». Il riferimento alla “sostanza” della giurisprudenza della Corte EDU compare anche in pronunce successive. Come chiarito nella sentenza 230/2012 «Resta, altresì, fermo il riconoscimento alla Corte di un “margine di apprezzamento e di adeguamento”, che, nel rispetto della “sostanza” della giurisprudenza di Strasburgo, le consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi» (in senso conforme, sentt. 311/2009, 303, 236/2011). Secondo tale opzione ricostruttiva, la giurisprudenza europea dovrebbe, quindi, essere oggetto di un'operazione di selezione condotta dal giudice comune sulla base del criterio della “sostanza”, canone in grado di distinguere tra i precedenti di Strasburgo vincolanti e quelli che, invece, possono essere disattesi⁴⁴.

⁴⁴ A. Ruggeri, *L'“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra*

In definitiva, se, come più volte affermato dalla Corte (sentt. 348, 349/2007, 39/2008, 239, 311/2009, 93/2010, 1, 113, 236/2011, 264/2012), il Giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione CEDU a quella data dalla Corte di Strasburgo, esso però è tenuto a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento. In proposito, alcuni Autori sottolineano che di fatto la stessa Corte costituzionale ha ridimensionato la portata del vincolo interpretativo. Le tecniche del "margine di apprezzamento", del bilanciamento tra il vincolo internazionale e i principi costituzionali, della valutazione di "motivi imperativi d'interesse generale" rappresentano modalità per reintrodurre un'autonomia apparentemente esclusa e per consentire una diversa efficacia delle decisioni nei distinti ordinamenti in considerazione delle loro peculiarità⁴⁵.

4.3.1. – *Segue. Posizioni critiche*

Alcuni commenti critici hanno evidenziato l'inopportunità della soggezione del giudice nazionale all'interpretazione della Corte di Strasburgo, pur con i temperamenti introdotti dalla giurisprudenza costituzionale.

Viene in rilievo la riflessione secondo cui l'efficacia *erga omnes* delle pronunce della Corte europea, sostenuta dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e declinata nella nozione di cosa giudicata interpretata, provoca una progressiva erosione della sovranità statale, non controllabile da parte dei governi degli Stati membri del Consiglio d'Europa⁴⁶.

Si sostiene, poi, l'inopportunità di tale vincolo interpretativo, che conduce a considerare la Convenzione sia come oggetto della tutela costituzionale stabilita dall'art. 117, comma 1 Cost., sia come parametro interpretativo delle norme costituzionali materiali. In forza di questo duplice vincolo, il bilanciamento fra valori convenzionali, operato dalla Corte europea, diventerebbe vincolante nel giudizio di costituzionalità delle leggi, determinandone così completamente l'esito, e lo stesso sindacato di legittimità

CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema", in *Consulta online*, 2013, p. 9 s.

⁴⁵ S. Foà, *Leggi di interpretazione autentica e conformità alla Cedu: il parametro di legittimità "conteso" tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro amm. (CdS)*, 2011, 7-8, p. 2260.

⁴⁶ V. Esposito, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze. SIOI, Palazzetto Venezia, Roma, 6-7 giugno 2002*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, p. 71 e 119.

costituzionale finirebbe per essere, rispetto alle norme a tutela di diritti individuali, uno strumento per estendere *erga omnes* gli effetti delle sentenze della Corte EDU⁴⁷.

È stato, inoltre, rilevato che una delle prerogative tipiche della sovranità è che lo Stato affida l'interpretazione delle proprie leggi ai propri giudici; il riconoscimento del monopolio interpretativo sulla Convenzione europea alla Corte di Strasburgo costituirebbe pertanto una rinuncia, non coerente con il quadro costituzionale, ad una quota di sovranità ed una deroga al fondamentale principio del libero convincimento del giudice⁴⁸. Inoltre, essendo il catalogo costituzionale dei diritti molto diverso e assai più ricco di quello convenzionale, deve essere evitato un riferimento acritico e non sorvegliato alla Convenzione e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁹.

Piuttosto che di vincolo interpretativo, dovrebbe parlarsi di necessaria presa in considerazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con il solo avvertimento che, in una prospettiva di dialogo, l'attività interpretativa della giurisprudenza CEDU da parte delle autorità nazionali è sottoposta al controllo della stessa Corte EDU⁵⁰.

4.4. – I criteri selettivi dell'intensità del vincolo del giudice nazionale al precedente di Strasburgo: i rapporti tra l'autonomia interpretativa del giudice interno e il ruolo della Corte di Strasburgo quale interprete "ultimo" della Cedu alla luce della sentenza n. 49/2015

La questione dell'intensità del vincolo ermeneutico discendente dalla giurisprudenza di Strasburgo è stata oggetto di una recente pronuncia della Corte costituzionale⁵¹ che ha chiarito quali sono i criteri che devono orientare l'utilizzo da parte del giudice interno dei precedenti giurisprudenziali di Strasburgo. Uno dei principali elementi di criticità in tema di

⁴⁷ E. Cannizzaro, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art. 117, 1° comma, Cost.*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 1.

⁴⁸ M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 15 ss.

⁴⁹ M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *www.federalismi.it*, 8 agosto 2007, p. 15-16.

⁵⁰ R. Conti, *Cedu e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *www.federalismi.it*, 2010, p. 17 ss.

⁵¹ Corte cost., sent. 49/2015.

controllo di convenzionalità concerne proprio l'impiego delle “*courts made doctrine*” e del precedente della Corte EDU⁵².

In proposito, preliminarmente la Corte riprende l'indicazione, contenuta nella sentenza 349/2007, secondo cui «alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la «parola ultima» (sentenza n. 349 del 2007) in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, secondo quanto le parti contraenti hanno stabilito in forza dell'art. 32 della CEDU. Si tratta di una «funzione interpretativa eminente» (sentenza n. 348 del 2007), con la quale si assicura che, all'esito di un confronto ermeneutico, tale da coinvolgere nel modo più ampio possibile la comunità degli interpreti, sia ricavata dalla disposizione convenzionale una norma idonea a garantire la certezza del diritto e l'uniformità presso gli Stati aderenti di un livello minimo di tutela dei diritti dell'uomo».

Ripresi tali concetti, la Corte precisa che i giudici interni non possono ignorare l'interpretazione della CEDU che si sia consolidata in una certa direzione. In questa prospettiva, la CEDU vive «nella dimensione ermeneutica che la Corte EDU adotta in modo costante e consolidato». E' proprio il canone della “giurisprudenza consolidata”, assunta come unica parte dello scibile normativo e giurisprudenziale proveniente da Strasburgo alla quale il giudice interno deve obbedienza, che consente di mantenere in equilibrio il principio dell'autonomia interpretativa del giudice (art. 101, comma 2 Cost.) ed il principio di certezza e stabilità del diritto, assicurato dal ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte EDU (che poggia sull'art. 117, comma 1 Cost.). Il ruolo della Corte di Strasburgo di interprete ultimo della Convenzione è inoltre considerato funzionale alla «primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali». Tuttavia, nel processo di progressiva costruzione di un assetto giurisprudenziale consolidato in tema di diritti umani, svolge un ruolo essenziale il confronto tra giudici nazionali e Corte EDU, che si ritiene possa acquistare rinnovato valore nella prospettiva dell'entrata in vigore del Protocollo 16 (*infra*, par. 4.5.).

Pertanto, secondo le indicazioni della Corte, solo gli indirizzi giurisprudenziali espressivi di un orientamento consolidato sono idonei a condizionare i processi interpretativi interni volti all'individuazione della portata normativa delle disposizioni

⁵² V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, p. 28.

CEDU. La sentenza di Strasburgo non riconducibile nel contesto di un orientamento stabile non è, quindi, idonea né a fondare l'obbligo di interpretazione conforme, né a integrare il parametro di cui all'art. 117, comma 1 Cost. La Corte costituzionale individua diversi criteri che devono orientare l'interprete nell'opera di riconoscimento delle esegesi delle disposizioni CEDU che non fanno sorgere alcun obbligo di conformazione da parte del giudice. Tali indici sono individuati in negativo e sono «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». La Corte indica non in positivo, ma in negativo i fattori idonei ad escludere l'obbligo di conformazione all'esegesi di Strasburgo.

In senso critico, si osserva che le indicazioni date nella sentenza 49/2015 finiscono per consentire a qualsiasi giudice l'attivazione dei "controlimiti" all'ingresso nell'ordinamento interno del diritto CEDU, come declinato dalla Corte europea. Ciò determinerà verosimilmente la produzione di decisioni idonee a far insorgere la responsabilità dello Stato per violazione degli obblighi internazionali assunti con la ratifica della Convenzione⁵³.

Secondo una diversa prospettiva, si sollevano perplessità circa le sorti della prevedibilità dell'esito giudiziario e più in genere del nostro diritto se l'interprete dovesse cambiare orientamenti giurisprudenziali ogni volta che la Corte EDU mutasse i propri precedenti⁵⁴.

Giova segnalare che una recente applicazione del criterio metodologico proposto dalla Corte costituzionale è rinvenibile nella sentenza 184/2015, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-*bis*, della legge 89/2001 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 c.p.c.) in riferimento agli artt. 3, 111 e 117, comma 1 Cost., quest'ultimo

⁵³ F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 10.

⁵⁴ O. Di Giovine, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 giugno 2015, p. 16.

integrato dall'art. 6 CEDU. La Corte chiarisce che i giudici *a quibus*, nell'individuare la portata normativa del parametro interposto, hanno ben operato assegnando all'art. 6 CEDU «il significato che si trae dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, dalla quale soltanto non è permesso di discostarsi nell'esercizio del potere interpretativo garantito al giudice nazionale dall'art. 101, secondo comma, Cost. (sentenza n. 49 del 2015)». Tale significato esige che l'equa riparazione abbia ad oggetto «non soltanto la fase che la normativa nazionale qualifica “processo”, ma anche le attività procedimentali che la precedono, ove idonee a determinare il danno al cui ristoro è preposta l'azione», ponendosi quindi in conflitto con l'art. 2, comma 2-bis, l. n. 89/2001, che «va conseguentemente dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui prevede che il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari, anziché quando l'indagato, in seguito a un atto dell'autorità giudiziaria, ha avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico».

4.5. – Il Protocollo 16 e la procedura delle *advisory opinions*

Nella formazione progressiva di un orientamento interpretativo consolidato potrà assumere un ruolo significativo la procedura del parere consultivo, introdotta dal Protocollo 16, firmato a Strasburgo il 2 ottobre 2013. Si tratta di un ulteriore strumento predisposto a corredo del testo convenzionale per migliorare l'efficienza e l'efficacia del sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e per potenziare lo stato di esecuzione delle sentenze della Corte europea. Tale Protocollo ha introdotto uno strumento di dialogo istituzionale tra i giudici interni e la Corte europea, che si realizza attraverso la possibilità per le più alte giurisdizioni di uno Stato contraente di richiedere un parere consultivo su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli⁵⁵.

Lo strumento del parere consultivo è volto ad istituzionalizzare il dialogo, che fino a questo momento si è sviluppato su un piano informale, tra la Corte europea e le più alte giurisdizioni nazionali.

⁵⁵ E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali : prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015.

L'utilità dell'introduzione di un sistema di collegamento pregiudiziale tra le giurisdizioni nazionali e la Corte europea era stata già da tempo evidenziata in dottrina⁵⁶. Si riteneva che l'intervento del giudice europeo avrebbe fornito all'autorità nazionale la concretizzazione del principio convenzionale e avrebbe garantito l'uniformità interpretativa tra i due livelli ordinamentali di tutela.

Tale forma di dialogo istituzionale evoca lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, dal quale tuttavia si differenzia sensibilmente. Il modello di riferimento nel contesto eurounitario, costituito dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, non si è prestato a una trasposizione nel quadro della Convenzione, in quanto il meccanismo pregiudiziale costituirebbe un modello alternativo rispetto a quello stabilito dalla Convenzione, il quale presuppone il previo esaurimento dei ricorsi nazionali.

Come si evince dall'art. 1 del Protocollo, la richiesta di parere consultivo è consentita soltanto nell'ambito di un procedimento pendente in sede nazionale e deve essere motivata in ordine alla rilevanza della questione ai fini del decidere del giudizio *a quo*. I pareri consultivi non sono vincolanti. La scelta del concetto "*avis consultatif*" sottende l'intento di prevedere uno strumento di portata non obbligatoria. Se così non fosse stato, si sarebbe fatto ricorso al concetto di "sentenza interpretativa", analogamente al rinvio pregiudiziale disegnato nel contesto dell'Unione europea. Nel sistema dell'Unione, sul giudice nazionale grava un vero e proprio obbligo di considerare la sentenza interpretativa emessa dalla Corte di giustizia e di adottare una decisione conforme all'interpretazione o al giudizio di validità da questa forniti. Tale vincolatività è stata chiaramente definita nei Trattati. Il parere consultivo, invece, non è obbligatorio né vincolante. Il Rapporto esplicativo afferma la piena libertà della giurisdizione che ha sollevato la domanda di parere consultivo di decidere quali effetti riconoscere al parere nel procedimento interno. Corollario di tale non vincolatività è il fatto che l'emissione di un parere consultivo della Corte non impedisce alla parte del processo di esercitare il diritto al ricorso individuale previsto all'art. 34 della Convenzione.

⁵⁶ L. Forlati Picchio, *A quando il rinvio pregiudiziale per l'interpretazione di norme internazionali sui diritti dell'uomo?*, in L. Carlassare (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali: da un incontro nell'Università di Ferrara, 11 e 19 febbraio 1987*, Cedam, Padova, 1988, p. 259 ss.; P. Tanzarella, *Art. 46 Cedu: condizione necessaria ma non sufficiente per la diretta esecuzione delle sentenze di Strasburgo*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu: il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle Sentenze di Strasburgo: atti del seminario, Ferrara, 9 marzo 2007*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 245 ss.

Tuttavia, la non obbligatorietà del parere consultivo va letta alla luce del sistema in cui questo viene ad inserirsi. Lo stesso Rapporto esplicativo del Protocollo dichiara che i pareri emessi dalla Corte si inseriscono nella sua giurisprudenza «aux côtés de ses arrêts et décisions», dunque “[l]’interprétation de la Convention et de ses protocoles contenue dans ces avis consultatifs est analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions». La giurisprudenza europea sull’efficacia interpretativa delle decisioni potrebbe pertanto essere riconosciuta ed estesa all’attività “consultiva” della Corte.

L’ulteriore elemento che depone a favore di una vincolatività di fatto dei pareri consultivi è ricavabile sempre dal Rapporto esplicativo del Protocollo 16, secondo il quale «lorsqu’une requête est déposée à la suite d’une procédure dans le cadre de laquelle un avis consultatif de la Cour a effectivement été suivi, il est escompté que les éléments de la requête ayant trait aux questions traitées dans l’avis consultatif soient déclarés irrecevables ou rayés du rôle».

Tale ultimo elemento suggerisce almeno due considerazioni. La prima è che il giudice, posto di fronte all’alternativa se conformarsi o meno al parere emesso dalla Corte, avrà interesse a conformarvisi perché l’adozione di una diversa soluzione esporrebbe lo Stato, con un alto grado di probabilità, alla dichiarazione di responsabilità internazionale per violazione della legalità convenzionale. La seconda è che la parte del processo, nell’ipotesi in cui il giudice interno non si conformi al parere, verosimilmente si sentirà fortemente motivata ad adire la Corte europea, sulla base di quella sorta di anticipazione di giudizio che è ricavabile dal parere⁵⁷.

È prospettabile che gli effetti della nuova giurisprudenza consultiva della Corte possano inoltre spostarsi sul piano del controllo dell’esecuzione⁵⁸. Sebbene i pareri non siano obbligatori, è tuttavia ipotizzabile che la Corte, dopo essersi espressa con parere su una questione sulla quale viene successivamente chiamata a pronunciarsi ai sensi dell’art. 34, nel medesimo o in altro procedimento che solleva quella questione di principio, di fatto fornirà i criteri per stabilire se la decisione adottata dal giudice abbia correttamente applicato e interpretato i canoni convenzionali.

⁵⁷ V. Petralia, *A proposito del futuro della Corte europea dei diritti dell’uomo. Prime note sul Protocollo n. XVI alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *I quaderni europei*, 2013, 57, p. 18.

⁵⁸ Con riferimento al tema dell’esecuzione delle sentenze della Corte EDU si veda A. Tanzi., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Cedam, Assago, 2013.

Tale novella è da accogliere con favore, nella misura in cui istituisce un rapporto comunicativo ed un confronto ermeneutico tra giurisdizione interna e giurisdizione di Strasburgo, che presumibilmente avranno effetti positivi sul processo di progressiva formazione di assetti interpretativi consolidati sulle disposizioni convenzionali.

5. – L’obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme

La Corte costituzionale individua un compito ben preciso in capo al giudice comune: laddove sia ravvisabile un possibile contrasto tra la norma statale e la disposizione CEDU, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, comma 1 Cost., il giudice ha il dovere di verificare se tale contrasto non sia in realtà risolvibile in via interpretativa. È, infatti, obbligo del giudice comune interpretare la normativa interna in linea con il diritto internazionale, cercare l’interpretazione conforme a tale diritto e, solo qualora ciò non sia possibile, rivolgersi alla Corte.

L’interpretazione conforme di una disposizione legislativa alla stregua di uno o più altri enunciati è, notoriamente, un criterio interpretativo introdotto dalla Corte Costituzionale al fine di invitare i giudici comuni a cercare e trovare nella Costituzione gli elementi in grado di orientare la portata normativa dei testi legislativi⁵⁹. Questo criterio ha ricevuto applicazioni anche di natura esterna, quali l’interpretazione conforme alla normativa comunitaria ed alle norme CEDU.

Quando viene in rilievo la CEDU, l’interpretazione conforme è l’unico strumento di cui dispone il giudice per assicurare in via immediata la prevalenza del parametro sull’oggetto, non potendo procedere alla disapplicazione della norma in contrasto con i parametri evocati. Se il tenore letterale della disposizione interpretanda non consente un’esegesi adeguatrice, il giudice non può farsi carico del superamento dell’antinomia e deve sollevare questione di legittimità costituzionale. Come è stato osservato, in tale contesto l’interpretazione conforme diviene uno dei veicoli attraverso cui “elementi di sindacato diffuso trovano ingresso in un sistema di giustizia costituzionale a sindacato accentrato”⁶⁰.

⁵⁹ G. Sorrenti, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁶⁰ A. D’Atena, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici (Seminario di studio) (Palazzo della Consulta - 6 novembre 2009)*, in www.cortecostituzionale.it.

Con riferimento alla CEDU, la “conformità” ermeneutica rappresenta la cifra fondamentale dell’integrazione dei sistemi giuridici, non potendo operare sul piano delle fonti, in virtù delle indicazioni fornite dal Giudice delle leggi a partire dalle sentenze 348 e 349 del 2007.

La valorizzazione del potere interpretativo dei giudici è tale che, nella sentenza n. 239 del 2009, la Corte si spinge fino al punto di ritenere che l’esperimento del tentativo d’interpretazione conforme alla Convenzione europea sia una condizione necessaria per la valida instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale, ripetendo lo schema che ormai da anni è utilizzato a proposito del dovere di interpretazione conforme a Costituzione. Per superare il vaglio di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, quindi, il giudice deve dimostrare che il tenore testuale della norma interna o il diritto vivente eventualmente formato sulla legge interna si oppongono all’assegnazione a tale legge di un significato compatibile con la norma convenzionale⁶¹. Peraltro, come la stessa Corte costituzionale esplicitamente sottolinea, in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo il giudice comune non ha soltanto il dovere di interpretare il diritto interno in modo conforme a quello internazionale, ma deve fare ciò tenuto conto della norma convenzionale come interpretata dalla Corte di Strasburgo⁶². Quindi, nella relazione logica tra “conformante” e “conformato”, il primo è integrato da un prodotto giurisprudenziale⁶³. La recentissima giurisprudenza costituzionale⁶⁴ (*infra*, par. 5.1.) ha chiarito che deve trattarsi di un materiale giurisprudenziale dotato di alcune caratteristiche, in assenza delle quali non può operare come “conformante”, ossia come elemento idoneo ad orientare il verso dei processi ermeneutici che hanno ad oggetto il “conformato”, sempre che il tenore testuale di quest’ultimo consenta l’esperimento di un’esegesi conforme.

Può tuttavia accadere che l’interpretazione conforme a Convenzione (*rectius*, alla giurisprudenza di Strasburgo) conduca ad esiti in conflitto con quelli a cui si perverrebbe in conformità ad un’interpretazione costituzionalmente orientata. Tale ipotesi è stata recentemente affrontata e risolta dalla Corte costituzionale nella sentenza 49/2015, che ha istituito una precisa gerarchia tra i due strumenti ermeneutici (*infra*, par. 5.1).

⁶¹ M. Savino, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 767 ss.

⁶² O. Pollicino, *Corti europee e allargamento dell’Europa. Evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 1 ss.

⁶³ P. Gaeta, *Dell’interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. Pen.*, 2012/1, p. 3.

⁶⁴ Corte cost., sent. 49/2015.

5.1. – Interpretazione convenzionalmente conforme *versus* interpretazione costituzionalmente conforme: le puntualizzazioni contenute nella sentenza 49/2015 in tema di rapporto tra le esegesi conformi

La Corte costituzionale nella sentenza 49/2015 chiarisce che gli strumenti dell'esegesi conforme devono essere utilizzati e impiegati secondo un metodo che assicuri il «predominio assiologico della Costituzione». Gli interventi di interpretazione conforme devono quindi svilupparsi secondo una sequenza logico-giuridica che garantisca tale finalità. In tal senso risulta chiarissima l'indicazione metodologica fornita dalla Corte: «Sfugge al giudice rimettente che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito, è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tal modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU».

A questo proposito sono prospettabili due alternative, a seconda che sulla disposizione CEDU si sia o meno formato un orientamento consolidato.

Qualora il giudice dubiti della compatibilità di una legge interna con una disposizione CEDU, nel significato da essa assunto in base ad un orientamento giurisprudenziale consolidato di Strasburgo, dovrà tentare un'interpretazione della disposizione interna in senso conforme al tale indirizzo giurisprudenziale. Qualora tale operazione sia preclusa dal tenore del testo legislativo, è necessario adire la Consulta, in quanto l'antinomia tra legge e CEDU si riflette in una violazione della Costituzione (art. 117, comma 1). Il giudice dovrà rivolgersi alla Consulta anche nell'ipotesi in cui ritenga possibile realizzare una torsione del testo legislativo idonea a consentire un'esegesi convenzionalmente conforme, ma tale operazione si risolva nel conferire alla fonte interna un significato incompatibile con la Costituzione. In tal caso, la questione di legittimità costituzionale ha come oggetto la legge di esecuzione della Convenzione, nella parte in cui prevede, secondo l'orientamento consolidato della Corte di Strasburgo, un precetto che si pone in conflitto con la Costituzione. In tale evenienza, la legge non potrebbe infatti sottrarsi alla sua interpretazione convenzionalmente orientata, che è destinata a soccombere davanti all'interpretazione conforme a Costituzione⁶⁵.

⁶⁵ A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2015, p. 6.

Qualora, invece, la portata normativa di una disposizione CEDU sia enucleabile da una pronuncia eccentrica rispetto ad un orientamento che ha raggiunto un certo grado di stabilità nell'ambito della giurisprudenza di Strasburgo, oppure da una pronuncia che corrisponda ad uno degli altri indici indicati dalla Corte costituzionale⁶⁶, il giudice ha il dovere di tentare un'esegesi della pronuncia in senso conforme all'orientamento consolidato, sempre che tale orientamento sia compatibile con la Costituzione. Come chiarito dal Giudice delle leggi «i canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata debbono infatti trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della Corte EDU, quando di esse, anche per le ragioni che si diranno, non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto (sentenza n. 236 del 2011). In tali evenienze, non comuni ma pur sempre possibili, a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione».

Qualora non sia possibile piegare la sentenza della Corte EDU alle dinamiche delle esegesi conformi, il giudice ha facoltà di discostarsi dall'interpretazione della disposizione CEDU proposta da tale sentenza.

Pertanto, secondo l'impostazione ricostruttiva proposta da tale pronuncia, anche la CEDU, in quanto fonte di rango subcostituzionale, deve essere resa oggetto di interpretazione costituzionalmente conforme. A tal proposito, come sopra delineato, la Corte distingue l'ipotesi che sulla disposizione CEDU si sia formato un indirizzo giurisprudenziale consolidato oppure no. Nel primo caso, l'esegesi costituzionalmente orientata sembra preclusa; nel secondo caso, invece, la conciliazione in via ermeneutica sembra assumere il carattere di dovere per il giudice interno.

⁶⁶ Tali indici sono stati individuati nei seguenti termini: «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» (Corte cost., sent. 49/2015).

6. – La Corte costituzionale conferma l'ipotesi ricostruttiva delineata nelle sentenze 347 e 348/2007 anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

La ricostruzione operata dalla Corte in tema di rilievo interno della CEDU non è mutata in seguito alle modifiche al Trattato sull'Unione europea introdotte dal Trattato di Lisbona⁶⁷. Il nuovo art. 6 esordisce, al paragrafo 1, stabilendo che «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». La norma prosegue prevedendo, al paragrafo 2, che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» per chiudersi, al paragrafo 3, con la statuizione in forza della quale «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». Per quanto riguarda l'adesione, la Corte si limita ad affermare che essa non produce effetti sulla sistemazione della CEDU nell'ordinamento interno in quanto non è stata ancora perfezionata: il paragrafo 2 del nuovo art. 6 TUE resta, dunque, allo stato, ancora improduttiva di effetti. Quanto, poi, 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 – esso riprende 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. Rimane, perciò, tuttora valida la considerazione per cui i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto dell'Unione è applicabile e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale. Secondo la Corte, quest'ultimo rilievo è riferibile anche alla Carta dei diritti fondamentali, la cui equiparazione ai Trattati avrebbe determinato – secondo i rilievi proposti dalla parte privata - una «trattatizzazione» indiretta della CEDU, alla luce della «clausola di equivalenza» posta dall'art. 52, paragrafo 3 della Carta. L'art. 6, paragrafo 1, primo alinea TUE stabilisce, infatti, che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati». La Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona ribadisce che «la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi

⁶⁷ Corte cost., sent. 80/2011.

dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati». Ciò esclude che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha affermato anche la Corte di giustizia⁶⁸. Nel caso di specie, attinente all'applicazione di misure personali e patrimoniali *ante* o *praeter delictum*, difettava uno dei presupposti di applicabilità della Carta di Nizza, ossia la riconducibilità della fattispecie alla sfera regolativa del diritto dell'Unione europea. Pertanto, secondo il Giudice delle leggi, la c.d. comunitarizzazione della CEDU attraverso il veicolo normativo della Carta di Nizza era da escludere.

7. – Considerazioni conclusive

In sede di conclusioni, sembra utile porre in luce alcuni profili critici che l'impostazione ricostruttiva della Corte costituzionale sembra sollevare.

Quando la Convenzione beneficiava del mero valore di fonte di rango primario, sembrava paradossalmente mostrare maggiori potenzialità di integrazione del tessuto normativo costituzionale e di rigenerazione semantica dello stesso linguaggio costituzionale in tema di diritti. Come emerge dalla sentenza 399/1999, la Costituzione e le Carte internazionali dei diritti «si integrano reciprocamente nell'interpretazione». La sistemazione della CEDU in un'architettura piramidale nell'ambito della quale occupa il gradino di fonte subcostituzionale si pone come ostacolo alle potenzialità comunicative che sul piano ermeneutico possono svilupparsi tra Costituzione e Convenzione. Tuttavia, a partire dalla sentenza 317/2009, il valore euristico della sistemazione piramidale proposta dalla Corte costituzionale sembra arretrare al cospetto del criterio della garanzia della tutela più intensa per il diritto che viene in rilievo nel caso concreto. Questo fenomeno è emblematicamente descritto dal percorso di progressiva emancipazione della Convenzione europea dallo *status* di mera legge ordinaria e di progressiva definizione di criteri di sistemazione della CEDU che sfuggono a logiche esclusivamente gerarchico-formali, le quali riacquistano la propria operatività solo qualora nel caso concreto la fonte internazionale non sia in grado di assicurare la tutela più intensa alla posizione giuridica soggettiva oggetto del giudizio.

Come è stato osservato⁶⁹, accanto al discorso giuridico formale sull'applicazione o meno, in quale misura e in quali limiti, della norma di diritto internazionale

⁶⁸ CGUE, sent. 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*.

⁶⁹ A. Gentili, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Pol. dir.*, 2011, 2, p. 201.

nell'ordinamento statale, l'interprete tende a condurre un parallelo discorso giuridico sostanziale. Un discorso in cui la norma invocata si mostra anche come argomento normativo, che dispiega la propria efficacia persuasiva solo se in grado di garantire la tutela più intensa del diritto che viene in rilievo nel caso concreto. Si profilano, quindi, due criteri alternativi idonei ad orientare le dinamiche del controllo di convenzionalità: un criterio che poggia sulla sistemazione gerarchica delle fonti ed un criterio che invece privilegia la fonte in grado di assicurare la tutela più intensa al diritto che viene in rilievo nel caso concreto.

L'attuale sistemazione teorica dei diversi profili di cui si compone il controllo di convenzionalità sembra quindi essere al centro di un processo ricostruttivo ancora *in fieri*, il cui orizzonte finalistico di riferimento resta il progressivo sviluppo di un sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali, proiezione di un processo giuridico e culturale di avvicinamento materiale tra i diversi ordinamenti, governato dal principio della massima espansione delle tutele. In tale contesto, l'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Strasburgo prevedibilmente darà l'avvio ad un costante dialogo tra giudici nazionali e Corte europea, azionando processi interpretativi idonei a consentire una costante rigenerazione semantica del contenuto dei diritti convenzionali.

