

L'INTERPRETAZIONE CONFORME ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE
EDU: QUALE VINCOLO PER IL GIUDICE ITALIANO?*

PIERFRANCESCO ROSSI**

Sommario

1. Introduzione. – 2. L'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata nelle “sentenze gemelle” e il suo fondamento gerarchico-formale. – 3. I rilievi della dottrina in merito al valore assegnato dalle “sentenze gemelle” alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 4. Le precisazioni in merito all'obbligo di interpretazione conforme operate dalla giurisprudenza costituzionale successiva alle “sentenze gemelle” e culminate nella sentenza n. 49 del 2015. – 5. I problemi che restano irrisolti dopo la sentenza n. 49 del 2015 alla luce della dottrina e della giurisprudenza successive. – 6. Una proposta di soluzione: l'obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo come obbligo di prendere in considerazione. – 7. La necessità di un ripensamento sul fondamento dell'obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza EDU: l'abbandono della concezione gerarchico-formale. – 8. Conclusioni.

Abstract

The Italian Constitutional Court's current approach to the value of ECtHR case law in domestic proceedings, as most recently framed in Judgment No. 49/2015, has provoked criticism from commentators and given rise to inconsistent judicial practice. After an analysis of the main features of this approach, this article makes two proposals in order to address its shortcomings. Firstly, it suggests that the obligation to interpret domestic law consistently with ECtHR case law should be qualified as a 'duty to take into account'. Pursuant to this model, which is adopted inter alia by UK and German courts, national judges must consider all ECtHR precedents relevant to their decision, but are allowed to depart from them by putting forward cogent substantive arguments. It is argued that this model can reconcile the need to promote compliance with ECtHR case law with the need to safeguard the scope of liberty that the ECHR itself provides to national courts. Secondly, the paper contends that, in order to give an adequate constitutional foundation to the 'duty to take into account' ECtHR case law, the Italian Constitutional Court might follow in the footsteps of the German Constitutional Court and adopt an axiological conception of consistent interpretation. That is, the 'duty to take into account' might be grounded on the openness of the Italian Constitution towards international law, rather than on the ECHR's status in the Italian hierarchy of laws.

Suggerimento di citazione

P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo è la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del convegno su “I Trattati nel sistema delle fonti a 10 anni dalle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale”, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Firenze, 19 gennaio 2018.

** Dottore di ricerca nella Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

Contatto: pierfrancesco.rossi@unina.it

1. Introduzione

A partire dalle c.d. “sentenze gemelle”¹, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha considerato l’obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata come uno dei perni intorno a cui ruota l’applicazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) nell’ordinamento italiano. I confini di tale obbligo, tuttavia, diventano particolarmente controversi nella definizione del ruolo da attribuire alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU) al di fuori dell’indiscusso ambito di vincolatività *inter partes* ex art. 46 CEDU. Se nelle “sentenze gemelle” la giurisprudenza di Strasburgo sembrava assurgere in blocco a parametro di interpretazione conforme², questa affermazione è stata sottoposta dalla successiva giurisprudenza costituzionale a un processo di parziale ripensamento, culminato nella sentenza n. 49/2015³. Essa, com’è noto, ha stabilito che un obbligo di interpretazione conforme sussista nei riguardi delle sole decisioni che esprimano “diritto consolidato” e delle sentenze pilota, perché solo tali pronunce sarebbero idonee a integrare il parametro interposto di costituzionalità.

Questo nuovo orientamento non ha però sopito la necessità di fare chiarezza intorno al valore ermeneutico della giurisprudenza della Corte EDU; sembra, al contrario, che esso non abbia fatto altro che intorbidare ulteriormente la questione, suscitando molteplici reazioni critiche in dottrina e dando luogo a orientamenti contrastanti in giurisprudenza.

Dopo un’analisi critica degli orientamenti della Corte costituzionale succedutisi dal 2007 a oggi (paragrafi da 2 a 5), il presente lavoro avanza alcune proposte sull’approccio che i giudici italiani potrebbero adottare nei confronti delle decisioni della Corte EDU. Traendo ispirazione dalla prassi delle corti britanniche e tedesche, si proporrà, in particolare, di configurare il vincolo ermeneutico nei confronti della giurisprudenza EDU nei termini di un obbligo di prendere in considerazione, ovvero di un vincolo meramente procedurale (paragrafo 6). Secondo tale impostazione, il giudice nazionale ha l’obbligo di confrontarsi espressamente con ogni decisione EDU potenzialmente rilevante, ma può discostarsene offrendo adeguate motivazioni di natura sostanziale. Questo approccio, si sosterrà, offre un modello in grado di contemperare l’esigenza di assicurare il tendenziale rispetto degli orientamenti della Corte EDU

¹ C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348; C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 349.

² Diversamente da quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, non sembra tuttavia corretto ritenere che la Corte costituzionale volesse istituire un “monopolio interpretativo” della Convenzione in capo alla Corte europea. Per una analisi più dettagliata di tale questione e, in particolare, dei limiti che le stesse “sentenze gemelle” ponevano alla vincolatività delle decisioni della Corte EDU, si rinvia al paragrafo 3.

³ C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49.

con quella di salvaguardare l'autonomia decisionale dei giudici nazionali. Infine, prendendo nuovamente ad esempio l'esperienza giuridica tedesca, si mostrerà come la Consulta potrebbe fornire una adeguata copertura costituzionale a un vincolo ermeneutico così configurato facendo leva, piuttosto che sulla superiorità gerarchica della Convenzione, sul *favor* che la Costituzione italiana dimostra verso il rispetto degli obblighi internazionali; adottando, cioè, una concezione assiologica e non gerarchico-formale dell'interpretazione convenzionalmente orientata (paragrafo 7).

2. L'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata nelle “sentenze gemelle” e il suo fondamento gerarchico-formale

La ricostruzione dell'attuale orientamento della Corte costituzionale in materia di interpretazione convenzionalmente orientata non può che prendere le mosse dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007⁴. In quell'occasione, com'è noto, la Consulta ha operato un riordino dei rapporti tra ordinamento italiano e CEDU, stabilendo che, in virtù dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, come novellato nel 2001, la Convenzione abbia acquisito un rango gerarchico superiore alla legge ordinaria, pur restando formalmente subordinata alla Costituzione stessa⁵. Da ciò la Corte ha ricavato che eventuali incompatibilità tra

⁴ La descrizione di queste sentenze come “gemelle” è, in verità, impropria, perché esse presentano numerose difformità. Questa espressione è ciononostante utilizzata in questo scritto perché invalsa nella prassi. Sulle due sentenze in commento, cfr. *ex multis* M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 3564 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle “sentenze gemelle” (brevi note a margine delle sentt. nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Diritto e società*, 2009, p. 213 ss.; S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 291 ss.; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, *ibid.*, p. 301 ss.; P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, *ibid.*, p. 311 ss.; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, *ibid.*, p. 321 ss.; M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, *ibid.*, p. 349 ss.; B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, *ibid.*, p. 581 ss.; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale di inquadramento sistematico*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 215 ss.

⁵ La lettura dell'art. 117, primo comma (“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto [...] dei vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali”), nel senso di rendere possibile sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali pattizi, era stata avanzata in dottrina all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione: cfr. B. CONFORTI, *Reflections on the Recent Amendments to the Italian Constitution concerning Respect for International and European Community Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2001, p. 3 ss. In favore di un'interpretazione più restrittiva dell'art. 117, comma 1, cfr. invece E. CANNIZZARO, *La riforma «federalista» della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 921 ss.; C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, p. 145 ss.

CEDU e legislazione ordinaria si presentino come questioni di legittimità costituzionale⁶.

Più nel dettaglio, il parametro interposto è stato individuato dalla Corte costituzionale nelle norme della CEDU *come interpretate* dalla Corte di Strasburgo. Il fondamento di un simile effetto vincolante delle pronunce della Corte europea è stato ricavato dal testo dell'art. 32 CEDU, in base al quale “[t]he jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention [...]”⁷. Come notato in dottrina, questo approccio ha fatto sì che, nei fatti, le pronunce della Corte EDU potessero fungere, *sic et simpliciter*, da parametro interposto⁸.

L'aver attribuito funzione di parametro di costituzionalità alle norme convenzionali, nell'interpretazione datane dalla Corte europea, ha condotto la Corte costituzionale a introdurre un obbligo, in capo al giudice comune, di ricercare un'interpretazione della legge conforme alla norma parametro prima di sollevare un'eventuale questione di costituzionalità. Tale obbligo costituisce, a ben vedere, una naturale conseguenza dell'elevazione gerarchica della Convenzione⁹. I giudici comuni, infatti, sono analogamente obbligati a interpretare la legge in conformità a Costituzione: in un caso come nell'altro, la mancata ricerca di un'interpretazione costituzionalmente o convenzionalmente orientata da parte del giudice rimettente è sanzionata con l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale¹⁰. L'unico elemento di distinzione tra i due vincoli ermeneutici (distinzione, come si vedrà, ricca di conseguenze pratiche) è che la CEDU, occupando una posizione gerarchica interposta, resta in

⁶ C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348, punto 4.3 del “considerato in diritto”; C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 349, punto 6.1 del “considerato in diritto”.

⁷ C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348, punto 4.6 del “considerato in diritto”: “la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione”.

⁸ M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»*, cit., p. 3573.

⁹ Si veda per es. quanto rilevato da R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli, 2015, p. 17 ss., p. 20: “Laddove sia possibile riconoscere una relazione gerarchica tra fonti [...] va riconosciuto anche un vincolo interpretativo che è implicito nella superiorità di una fonte sull'altra”.

¹⁰ Cfr. il citatissimo *dictum* di C. Cost. 22 ottobre 1996, n. 356, punto 4 del “considerato in diritto”, secondo cui “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali [...] ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”. Come notato da A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 73, la sentenza n. 356 costituisce il *leading case* italiano in materia di obbligo di interpretazione conforme. Opera un parallelismo tra interpretazione conforme a Costituzione e alla CEDU anche P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla CEDU: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2010, p. 4.

principio soggetta a sindacato di costituzionalità e deve quindi essere essa stessa compatibile con il testo costituzionale per poter integrare il parametro interposto¹¹.

È per questa via, cioè applicando criteri gerarchico-formali, che la Corte costituzionale è approdata a una concezione “forte” – ovvero obbligatoria – del canone dell’interpretazione conforme alla Convenzione europea e alla giurisprudenza di Strasburgo¹². Benché questo criterio ermeneutico fosse già ampiamente diffuso nella prassi giurisprudenziale italiana, la formulazione di un obbligo in tal senso ha mirato a fare chiarezza su alcune incertezze che ne condizionavano l’applicazione. I principali problemi si erano avuti, in particolare, in sede di applicazione della legge n. 89 del 24 marzo 2001 (c.d. legge Pinto) che riconosce il diritto a un’equa riparazione per durata irragionevole di un processo. In risposta ad alcune pronunce della Cassazione che avevano rifiutato di interpretare tale legge in senso conforme ai criteri stabiliti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹³, quest’ultima, nel caso *Scordino c. Italia*, aveva richiamato le corti italiane alla necessità di interpretare e applicare, per quanto possibile, il diritto interno in modo conforme alla Convenzione e alla giurisprudenza EDU¹⁴; e a tale indicazione la giurisprudenza di legittimità si era adeguata, arrivando a sostenere che il giudice italiano, nel dare applicazione alla Convenzione, “non p[otesse] discostarsi dall’interpretazione che della

¹¹ C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348, punto 5 del “considerato in diritto”.

¹² La distinzione tra interpretazione conforme al diritto internazionale di tipo “forte” e “debole”, a seconda che essa sia costruita in termini obbligatori o discrezionali per i giudici statali, è ascrivibile a M. KUMM, *Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement*, in S. CHOUDHRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 278-279. Un simile obbligo è talvolta espressamente stabilito dalla legge: si veda, per esempio, la Sezione 3, paragrafo 1, dello UK Human Rights Act 1998, la quale prevede che “[s]o far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights”. Di applicazione tipicamente discrezionale è invece, negli Stati Uniti, il c.d. canone “Charming Betsy”, in base al quale “an act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations if any other possible construction remains”: cfr. D. SLOSS, *United States*, in D. SLOSS (a cura di), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement. A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 504 ss, in particolare p. 527. Tale canone fu inizialmente formulato dal giudice Marshall della Corte Suprema nel caso *Murray v. The Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804).

¹³ Cass. Civ., sez. I, 8 agosto 2002, n. 11987, punto 6: “per le sentenze della Corte EDU non sussistono, nel quadro delle fonti, [...] meccanismi normativi che ne prevedano la diretta vincolatività per il giudice interno”.

¹⁴ Corte EDU, 27 marzo 2003, *Scordino c. Italia*, ricorso n. 36813/97: “[...] les juridictions nationales doivent, dans la mesure du possible, interpréter et appliquer le droit interne conformément à la Convention. En effet, s’il est vrai qu’il incombe au premier chef aux autorités nationales d’interpréter et appliquer le droit interne, la Cour est appelée en tout état de cause à vérifier si la manière dont le droit interne est interprété et appliqué produit des effets conformes aux principes de la Convention [...] dont la jurisprudence de la Cour fait partie intégrante”. Si vedano anche, nello stesso caso, la sentenza della Prima Sezione del 29 luglio 2004 e la sentenza della Grande Camera del 29 marzo 2006.

stessa norma dà il giudice europeo”¹⁵. Nelle “sentenze gemelle”, la Corte costituzionale ha recepito la sostanza di questo ultimo orientamento della Cassazione, incasellandolo nel più ampio edificio sistematico fornito dallo *Stufenbau* delle fonti interne.

3. I rilievi della dottrina in merito al valore assegnato dalle “sentenze gemelle” alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo

Questo edificio ha però mostrato le prime crepe proprio in relazione al valore da attribuire alla giurisprudenza di Strasburgo.

Vero è, da un lato, che l’obiettivo di assicurare l’uniforme applicazione della Convenzione, richiamato dalla sentenza n. 349¹⁶, è stato certamente meritorio, così come anche il desiderio di elevare a regola per tutti i giudici comuni un indirizzo della Corte di Cassazione ritenuto virtuoso¹⁷. Ciononostante, l’approccio delle “sentenze gemelle” all’interpretazione convenzionalmente orientata è stato oggetto di critica da parte della dottrina maggioritaria.

Quest’ultima ha generalmente interpretato i *dicta* della Consulta nel senso che essi abbiano inteso vincolare il giudice italiano a conformarsi in via ermeneutica a *tutte* le pronunce della Corte EDU, così istituendo, di fatto, un monopolio sull’interpretazione della Convenzione in capo alla Corte europea dei diritti dell’uomo. Tale indirizzo della Corte costituzionale è stato giudicato eccessivo, sia perché l’art. 32 CEDU non esclude un autonomo ruolo dei giudici statali nella interpretazione e applicazione della CEDU¹⁸, sia perché un simile

¹⁵ Cass. Civ., sez. un., 26 gennaio 2004, n. 1138, n. 1139, n. 1340 e n. 1341. Su queste pronunce si veda E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta della Cassazione civile e penale*, in *Cassazione penale*, 2007, p. 2247 ss.; M.L. PADELLETTI, *Le sezioni unite correggono la rotta: verso un’interpretazione della legge Pinto conforme alle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 452 ss.

¹⁶ C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 349, punto 6.2 del “considerato in diritto”: “L’interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l’applicazione del livello uniforme di tutela all’interno dell’insieme dei Paesi membri”.

¹⁷ In questo senso, per un giudizio positivo sull’orientamento delle “sentenze gemelle” in materia di interpretazione convenzionalmente orientata, si veda G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano*, cit., p. 331-333.

¹⁸ Cfr. L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l’adattamento dell’ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, cit., p. 309-310, il quale definisce “semplicemente inventato” l’obbligo “senza né *nuances* né *distinguo*” a conformarsi alla giurisprudenza EDU; E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l’art. 117, 1° comma, Cost.*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 128 ss.; R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *Federalismi.it*, disponibile all’indirizzo: www.federalismi.it, 6, 2010, p. 22; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 955 ss.; D. RUSSO, *La “confisca in assenza di condanna” tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all’indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2014, p. 11-12.

monopolio interpretativo costituirebbe un inadeguato sacrificio del principio del libero convincimento del giudice e del ruolo della Corte costituzionale¹⁹.

Questa lettura delle “sentenze gemelle”, in verità, non è del tutto pacifica. È vero, da un lato, che il giudice costituzionale ha affermato a più riprese l'impossibilità di discostarsi dall'interpretazione della Corte europea, e che ha fatto ciò basandosi su un'interpretazione errata dell'art. 32 CEDU. Dall'altro lato, tuttavia, è fortemente dubitabile che gli estensori di tali sentenze intendessero istituire un monopolio interpretativo in capo alla Corte EDU, o vincolare il giudice italiano al cieco rispetto di qualsiasi orientamento di tale Corte²⁰. A ben vedere, già nei testi delle due sentenze si rinvenivano numerosi temperamenti.

Nella sentenza n. 348, in particolare, il ruolo della Corte di Strasburgo nel sistema CEDU è stato definito come una “funzione interpretativa eminente”, dunque non esclusiva²¹. Peraltro, secondo quanto affermato in questa sentenza, “[s]i deve [...] escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti”, perché il loro rispetto è subordinato al controllo della loro compatibilità con la Costituzione; controllo che “deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento” tra vincoli internazionali e la tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti²². E il concetto di bilanciamento è stato evocato anche dalla sentenza n. 349, laddove essa ha ricordato il dovere del giudice di verificare che le norme della Convenzione garantiscano “una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente” a quello garantito dalla Costituzione²³. Non sembra, perciò, che le “sentenze gemelle” abbiano realmente voluto stabilire un vincolo assoluto e acritico al rispetto della giurisprudenza EDU, come una porzione consistente della dottrina ha sostenuto.

Il profilo realmente problematico delle “sentenze gemelle” si rinviene semmai nell'imprecisione tecnica con cui la Corte costituzionale ha delineato i limiti della vincolatività della giurisprudenza EDU. Essa, infatti, ha menzionato

¹⁹ M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 201 ss.; e, dello stesso autore, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 16, 2007.

²⁰ Questa lettura è stata rigettata dallo stesso G. Silvestri, redattore della sentenza n. 348/2007, nel suo intervento al convegno “I trattati nel sistema delle fonti a 10 anni dalle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale”, tenutosi presso l'Università di Firenze il 19 gennaio 2018.

²¹ C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348, punto 4.6 del “considerato in diritto”.

²² *Ibid.*, punto 4.7 del “considerato in diritto”.

²³ C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 349, punto 6.2 del “considerato in diritto”. Cfr. anche il punto 6.2 del “considerato in diritto”: “Non si tratta, invero, di sindacare l'interpretazione della norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, [...] ma di verificare la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione. In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un vulnus alla Costituzione stessa”.

la giurisprudenza della Corte europea in modo generico, senza operare alcuna distinzione tra tre possibili livelli di efficacia: efficacia delle sentenze di condanna che, ex art. 46 CEDU, vincolano gli stati parti della controversia nel caso concreto; efficacia per lo stato nei cui confronti la sentenza è stata resa, ma al di fuori del caso deciso dalla Corte europea; ed efficacia nei confronti di stati terzi²⁴. Né essa ha chiarito quali parti delle decisioni della Corte EDU debbano essere considerate vincolanti; se cioè il vincolo sia riferito al solo dispositivo, alla *ratio decidendi*, o finanche, per esempio, agli *obiter dicta*²⁵.

I criteri menzionati dalla Consulta per giustificare un possibile allontanamento dalla giurisprudenza EDU, peraltro, non hanno difettato di una certa eterogeneità. Il controllo di costituzionalità del diritto di origine convenzionale e il bilanciamento, evocati congiuntamente dalla sentenza n. 348, sono in realtà diversi sia concettualmente che negli effetti pratici. Mentre il primo ha natura gerarchica e conduce all'espunzione dall'ordinamento italiano di una norma convenzionale reputata incostituzionale, il secondo ha natura sostanziale e presuppone che tutti i (due o più) diritti da bilanciare siano parte dell'ordinamento. E se nulla vieta che nel bilanciamento risultino prevalenti i diritti convenzionali, tale esito è invece logicamente precluso nel caso di contrasto "verticale" tra costituzione e norme interposte²⁶.

Perplessità simili suscita l'equiparazione, effettuata dalla sentenza n. 349, tra bilanciamento e criterio della tutela almeno equivalente. Quest'ultimo criterio richiama il principio di massima espansione delle tutele previsto dall'art. 53 CEDU (benché tale richiamo sia solo implicito, in quanto la sentenza n. 349, curiosamente, non ne ha fatto menzione)²⁷. È del tutto naturale che non vi sia alcun obbligo a conformarsi a norme o pronunce EDU che garantiscano un livello di tutela inferiore rispetto al diritto nazionale: ciò non costituisce una

²⁴ Sul punto si veda, in generale, P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004.

²⁵ Cfr. M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»*, cit., p. 3573.

²⁶ D. RUSSO, *La "confisca in assenza di condanna"*, cit., p. 12, definisce "impensabile per le conseguenze che ne deriverebbero sul piano dell'ordinamento internazionale" la "espunzione dall'ordinamento della norma esecutiva del parametro convenzionale". Cfr anche E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, relazione presentata al Seminario "Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate", Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, e reperibile su www.cortecostituzionale.it, p. 51. P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, cit., p. 316-317, suggerisce che, nell'ipotesi eccezionale di contrasto tra la norma pattizia e la Costituzione, la Corte costituzionale pronunci una sentenza interpretativa di rigetto che attesti "l'inidoneità momentanea [...] della norma CEDU ad integrare il parametro" interposto.

²⁷ In base all'art. 53, "[n]othing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party [...]". Si noti anche che questo criterio non è affatto menzionato in C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348.

limitazione dell'efficacia interna del diritto convenzionale, dal momento che non si pone in contrasto con la Convenzione una normativa interna che preveda un livello di tutela superiore a quello da essa garantito. Tuttavia, appare preferibile tenere distinti il piano della massima espansione delle tutele e quello del bilanciamento. Una cosa è assicurare una tutela più ampia di un singolo diritto, altra cosa è contemperare due o più diritti, operazione che non potrà non comportare la limitazione o finanche il sacrificio di uno dei diritti in gioco²⁸. In termini pratici, sembra perciò corretto ritenere che le tecniche di bilanciamento dei diritti non possano essere ricondotte sotto l'ombrello dell'art. 53 CEDU.

In ragione di questi punti problematici, non stupisce che la dottrina abbia rilevato la necessità di chiarire, nella successiva giurisprudenza costituzionale, il valore da attribuire alle pronunce EDU. Benché essa abbia generalmente suggerito di qualificare in senso restrittivo la portata dell'obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza EDU, le posizioni dottrinali possono distinguersi sulla base del tipo di restrizione proposta: *qualitativa* o *quantitativa*, per così dire²⁹.

Una modifica *qualitativa* è stata sostenuta da coloro i quali, non contestando la possibile rilevanza a fini ermeneutici di *tutta* la giurisprudenza di Strasburgo, hanno ritenuto che l'approccio dei giudici italiani alla giurisprudenza EDU dovesse più opportunamente configurarsi non come obbligo a conformarsi, *tout court*, agli orientamenti della Corte sovranazionale, ma come mero obbligo a tenerli in considerazione, potendosi il giudice interno discostare fornendo adeguata motivazione³⁰.

²⁸ Si può citare in proposito la ben nota teoria di R. Bin sui "diritti a somma zero", in base alla quale "l'aumento di tutela assicurato ad uno comporta una diminuzione di tutela per un altro". Cfr. R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, cit., p. 30-31. Peraltro, a differenza del principio di massima espansione delle tutele, caratteristico del sistema CEDU, il bilanciamento, insieme al giudizio di ragionevolezza, costituisce la base del ragionamento di qualsiasi giudice nell'applicazione di qualsiasi diritto: si veda in tal senso G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.

²⁹ Occorre notare anche l'esistenza di un terzo approccio, che ha proposto di interpretare in senso restrittivo quanto stabilito dalla Consulta nelle "sentenze gemelle", ipotizzando che la Corte avesse inteso istituire un obbligo di interpretazione conforme limitato al solo giudizio incidentale dinanzi a essa. Si veda per es. M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 614. Questa opinione è rimasta però isolata, in ragione del fatto che il linguaggio delle due sentenze del 2007 è del tutto inequivoco nello stabilire un obbligo di ricercare un'interpretazione convenzionalmente orientata in capo ai giudici comuni: in questo senso E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali*, cit., p. 47 ss.

³⁰ R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice*, cit., p. 17 ss.; E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali*, cit., p. 47-58. In senso analogo si erano espressi, precedentemente alle sentenze gemelle, A. GUAZZAROTTI, A. COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze europee della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2006, p. 3 ss.; L. MARATEA, *Il valore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano. Spunti di riflessione critica*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2006, p. 87

Gli autori in favore di restrizioni *quantitative* dell'obbligo di interpretazione conforme, al contrario, non hanno contestato la sua formulazione come obbligo conformativo, ma hanno invece suggerito che efficacia vincolante fosse conferita solo a determinate categorie di pronunce e non ad altre (in particolare, alla sola categoria della "giurisprudenza consolidata" della Corte di Strasburgo)³¹.

Come subito si vedrà, entrambi gli approcci dottrinali hanno influenzato in qualche misura la giurisprudenza costituzionale successiva; ciononostante, l'indirizzo tendente alla restrizione *quantitativa* dell'obbligo di interpretazione conforme sembra infine aver acquisito un peso prevalente, ancorché non esclusivo, avendo trovato espressa conferma nella sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale.

4. Le precisazioni in merito all'obbligo di interpretazione conforme operate dalla giurisprudenza costituzionale successiva alle "sentenze gemelle" e culminate nella sentenza n. 49 del 2015

Sotto la chiara influenza delle opinioni dottrinali sopra citate, l'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata è stato sottoposto dalla successiva giurisprudenza costituzionale a progressive qualificazioni e restrizioni, per quanto concerne il valore da attribuire alla giurisprudenza della Corte EDU.

Le pronunce immediatamente successive alle "sentenze gemelle", in verità, si erano attestate sulla mera riproposizione degli argomenti avanzati dalla Consulta nel 2007, senza offrire particolari contributi chiarificatori³². È a partire dalle sentenze n. 311/2009 e 317/2009 che la Corte costituzionale ha iniziato ad apporre, con un maggior grado di precisione, alcune specificazioni in merito al carattere vincolante della giurisprudenza di Strasburgo. Nel fare ciò, essa ha in buona parte valorizzato alcuni degli elementi che, come visto nel precedente

ss.; L. MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo www.rivistaaic.it, 2002, p. 4-6.

³¹ L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, cit., p. 310. Si veda anche M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, cit., p. 613-614, che propone di non assegnare efficacia vincolante a decisioni isolate o nelle quali sono state pronunciate opinioni dissenzianti; una posizione che la Corte costituzionale ha sostanzialmente recepito nella sentenza n. 49/2015, sulla quale si veda *infra* nel testo.

³² Cfr. C. Cost. 27 febbraio 2008, n. 39, punto 5 del "considerato in diritto": "le norme della CEDU devono essere considerate come interposte e [...] la loro peculiarità, nell'ambito di siffatta categoria, consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati a uniformarsi". Analogamente, si vedano C. Cost. 24 luglio 2009, n. 239, punto 3 del "considerato in diritto"; C. Cost. 12 marzo 2010, n. 93, punto 4 del "considerato in diritto"; C. Cost. 11 marzo 2011, n. 80, punto 2 del "considerato in diritto"; C. Cost. 7 aprile 2011, n. 113, punto 8 del "considerato in diritto".

paragrafo, erano già presenti *in nuce* nelle “sentenze gemelle”, precisandone la portata e gli effetti.

Ciò è valso, in primo luogo, per il principio della massima espansione delle tutele. Nel ribadire tale limite alla vincolatività della giurisprudenza EDU, la Corte ha opportunamente ricondotto questo criterio a quanto previsto dallo stesso sistema convenzionale³³. Ma oltre a questo (invero piuttosto scontato) riferimento all’art. 53 CEDU, ha assunto contorni progressivamente più precisi la rivendicazione da parte della Consulta di un vero e proprio margine di autonomia nei confronti dell’interpretazione resa dalla Corte EDU. Evocativo in tal senso è un passo della sentenza n. 236/2011 che merita di essere citato per intero: “se questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, può però valutare come ed in qual misura il prodotto dell’interpretazione della Corte europea si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano [...] A questa Corte compete, insomma, di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi”³⁴.

Non è stato subito chiaro in quale modo questa affermazione di principio, ribadita nella sentenza n. 303/2011³⁵, fosse destinata a tradursi in pratica: in entrambe queste sentenze, infatti, tale limite, formulato in un *obiter dictum*, non ha impedito di fare ricorso all’usuale vincolo ermeneutico alla giurisprudenza EDU. Il funzionamento di questo limite ha però assunto contorni più chiari con la sentenza n. 264/2012 (caso delle c.d. “pensioni svizzere”), in materia di legittimità del ricorso alla legislazione retroattiva che incida su controversie in cui lo Stato sia parte. In essa, per la prima volta, la Consulta ha espresamente ritenuto prevalente una norma costituzionale nel processo di bilanciamento tra quest’ultima e principi di diritto stabiliti dalla giurisprudenza EDU³⁶.

³³ C. Cost. 26 novembre 2009, n. 311, punto 6 del “considerato in diritto”; C. Cost. 4 dicembre 2009, n. 317, punto 7 del “considerato in diritto”. Tale principio comporta la manifesta infondatezza di questioni di legittimità costituzionale di norme che derogano *in melius* al diritto CEDU: è questo il caso dell’ordinanza C. Cost. 18 luglio 2014, n. 223.

³⁴ C. Cost. 22 luglio 2011, n. 236.

³⁵ C. Cost. 11 novembre 2011, n. 303, punto 4.2 del “considerato in diritto”.

³⁶ C. Cost. 28 novembre 2012, n. 264, punto 5 del “considerato in diritto”. Su tale sentenza cfr. B. CONFORTI, *La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 527 ss.; P. PUSTORINO, *Corte costituzionale, CEDU e controlimiti*, in *Giur. it.*, 2013, p. 769 ss. Più recentemente, cfr. C. MASCIOTTA, *Leggi interpretative e rigidità degli strumenti decisionali della Corte costituzionale: quali prospettive nella vicenda delle “pensioni svizzere”?*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all’indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 3, 2017.

La questione concerneva le modalità di computo delle pensioni di cittadini italiani che, avendo lavorato in Svizzera, avevano poi chiesto il trasferimento all'INPS dei contributi ivi versati. La Cassazione aveva stabilito che tale computo (da realizzarsi, in base al d.P.R. 27 aprile 1968 n. 488, secondo il metodo c.d. retributivo) dovesse essere basato sull'importo delle retribuzioni effettivamente percepite in Svizzera. Poiché l'aliquota contributiva prevista dalla legislazione elvetica è inferiore a quella italiana, le pensioni percepite dai soggetti che avevano lavorato in Svizzera risultavano significativamente più alte di quelle di coloro che, lavorando in Italia, avevano versato identici importi all'INPS. Una norma della legge finanziaria del 2007 (legge n. 296 del 2006) aveva poi fornito una "interpretazione autentica" del d.P.R. n. 488, stabilendo dei criteri per rendere le pensioni erogate dall'INPS per lavoro effettuato all'estero maggiormente proporzionate ai contributi versati. Essendo contenute in una norma di interpretazione autentica, tali modalità di computo si applicavano retroattivamente, anche ai giudizi ancora pendenti; la legge faceva comunque salve le pensioni già liquidate.

Nel 2008, l'intervento del legislatore era stato giudicato costituzionalmente legittimo dalla Consulta, in quanto complessivamente non irragionevole e non lesivo del principio di uguaglianza³⁷. Nel successivo caso *Maggio e altri c. Italia*, tuttavia, la Corte EDU aveva stabilito che la norma di interpretazione autentica, nella misura in cui essa incideva su giudizi ancora in corso, comportasse una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU³⁸. A giudizio della Corte di Strasburgo, le interferenze del potere legislativo sull'amministrazione della giustizia, mediante l'adozione di atti retroattivi, dovevano ritenersi ammissibili solo se dettate da impellenti motivi di interesse generale. Simili condizioni non ricorrevano nel caso di specie. La necessità, adottata dall'Italia, di assicurare l'equilibrio finanziario del sistema pensionistico e di eliminare situazioni di vantaggio godute da soggetti che avevano lavorato all'estero, costituiva sì una ragione di interesse generale, ma non sufficientemente intensa da potersi considerare "impellente".

In conseguenza dell'orientamento espresso dalla Corte EDU nel caso *Maggio*, la Cassazione aveva sollevato una nuova questione di costituzionalità della normativa di interpretazione autentica contenuta nella legge finanziaria 2007, questa volta in riferimento al parametro interposto fornito dall'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Pur riconoscendo che il principio di diritto enunciato in *Maggio* "integra [...] pianamente il parametro" interposto, nella sentenza n. 264/2012 la Corte costituzionale è approdata a risultati

³⁷ C. Cost. 23 maggio 2008, n. 172.

³⁸ Corte EDU, 31 maggio 2011, *Maggio e altri c. Italia*, ricorsi n. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08.

sostanzialmente opposti a quelli della Corte europea e si è nuovamente pronunciata nel senso della legittimità costituzionale delle norme impugnate. Nel fare ciò, la Consulta ha fornito un'ampia (e in larga parte conciliatoria) motivazione della propria decisione, giustificata con l'esigenza di assicurare una "valutazione sistemica" di valori e principi che la Corte EDU, per sua natura, tende a tutelare "in modo parcellizzato"³⁹. Nelle parole della Corte, "nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti [...], rispetto alla tutela dell'interesse sotteso al parametro [interposto] prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata. In relazione alla quale sussistono, quindi, quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva"⁴⁰.

In sintesi, la Corte costituzionale ha preso in considerazione la rilevante giurisprudenza EDU e, pur affermando di sentirsi in linea di principio vincolata a darvi effetto, ha fornito delle motivazioni per discostarsene nel caso concreto. Come è agevole constatare, un simile *modus operandi* richiama in larga parte, seppur implicitamente, le indicazioni fornite da quella dottrina che, all'indomani delle "sentenze gemelle", aveva invocato una limitazione *qualitativa*, com'è stata qui sinteticamente definita, del vincolo ermeneutico alla giurisprudenza di Strasburgo⁴¹.

³⁹ C. Cost. 28 novembre 2012, n. 264, punto 5.4 del "considerato in diritto". Si è trattato, come scritto nel testo, della prima ipotesi in cui il bilanciamento operato dalla Corte abbia portato alla *espressa* prevalenza della norma interna su un orientamento EDU. A ben vedere, tuttavia, la Corte costituzionale era già *tacitamente* pervenuta a risultati analoghi, cioè di sostanziale elusione di un principio di diritto enunciato a Strasburgo, celandoli però dietro lo schermo del formale rispetto della giurisprudenza europea. Nella succitata sentenza C. Cost. 26 novembre 2009, n. 311 (c.d. caso del personale ATA), per esempio, la Corte aveva ritenuto costituzionalmente legittima una legge di interpretazione autentica equiparabile a un intervento legislativo retroattivo in ragione dell'esistenza di ragioni fiscali e finanziarie costituenti "motivi imperativi d'interesse generale". La Corte aveva evitato menzionare che la Corte EDU si era più volte pronunciata nel senso che ragioni finanziarie non potessero giustificare interventi legislativi retroattivi incidenti su controversie già in corso di cui lo Stato fosse parte. Al contrario, la Consulta si era limitata a citare l'unico caso in cui la Corte europea aveva adottato un approccio parzialmente diverso (Corte EDU, 20 febbraio 2003, *Forrer-Niedenthal c. Germania*, ricorso 47316/99) in ragione, però, delle eccezionali circostanze storiche costituite dal processo di riunificazione tedesca.

⁴⁰ C. Cost. 28 novembre 2012, n. 264, punto 5.3 del "considerato in diritto".

⁴¹ Va notato, tuttavia, come anche in questa sentenza, al pari che nella sent. n. 349/2007, la Corte abbia confuso il criterio della massima espansione delle tutele e del bilanciamento. Si veda, in particolare, quanto affermato al punto 4.1 del "considerato in diritto": "l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali. Di conseguenza, il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla *massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso*, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, *il necessario bilanciamento* con altri interessi costituzionalmente protetti [...]" (corsivo aggiunto). Per una critica all'equiparazione tra bilanciamento e massima espansione delle tutele si rinvia a quanto detto *supra* nel testo.

La Corte, tuttavia, ha adottato un diverso approccio nella più recente sentenza n. 49/2015. Anche in questo caso, essa ha inteso discostarsi da un indirizzo formulato dalla Corte di Strasburgo. La Consulta è però giunta a tale conclusione operando una restrizione *quantitativa* dell'obbligo di interpretazione conforme; affermando, cioè, che simile obbligo non sussista affatto nei confronti di alcune tipologie di decisioni della Corte EDU. *Nulla quaestio*, per la Corte costituzionale, nel caso in cui la sentenza europea sia vincolante ex art. 46 CEDU: in tal caso, “il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione” della Corte europea. Nelle altre ipotesi, tuttavia, la Corte ha operato una distinzione: “[s]olo nel caso in cui ci si trovi in presenza di un ‘diritto consolidato’ o di una ‘sentenza pilota’, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale [...]. Quest'ultimo assumerà di conseguenza, e in linea di massima, quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea [...], salva l'eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione [...], di stretta competenza di questa Corte”⁴².

⁴² C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 7 del “considerato in diritto”. Tra i numerosi commenti ricevuti da questa sentenza si vedano D. RUSSO, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2015; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale*, disponibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it, 2015; R. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *Consulta Online*, disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org, 1, 2015, p. 181 ss.; N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 555 ss.; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 400 ss.; S. SONELLI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali nella giurisprudenza «trial and error» della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 1155 ss.; G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 7 dicembre 2015; G. CALAFIORE, *L'attuazione dello schema delle sentenze gemelle si aggrava con la sentenza n. 49 della Corte costituzionale del 26 marzo 2015*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 421 ss.; A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registrati nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 10, 2015; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, p. 289 ss.; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015, ibid.*, p. 318 ss.; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno, ibid.*, p. 325; F. VIGANÒ, *La consulta e la tela di Penelope, ibid.*, p. 333 ss.

Riconoscendo espressamente la difficoltà di discernere la giurisprudenza “consolidata” da quella non consolidata, la Corte ha fornito alcuni “indici idonei ad orientare il giudice”: in particolare, “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”. Sulla base di tali indici, la Corte ha escluso che, nel caso di specie, sussistesse un obbligo a conformarsi alla giurisprudenza EDU in esame, in quanto espressione di un orientamento non ancora consolidato⁴³.

Come si vede, la Corte costituzionale è rimasta fedele all’idea secondo cui è al controllo accentrato di costituzionalità che spetta la soluzione dei contrasti tra diritto interno e diritto pattizio, fatta salva la funzione di accomodamento interpretativo spettante al giudice comune. Essa non ha neppure rinunciato, in linea di principio, alla tendenziale rigida equiparazione tra il rango gerarchico interno della Convenzione e quello della giurisprudenza europea che la inter-

⁴³ È da notare che, nella sentenza n. 49, la Corte costituzionale ha affermato di porsi in continuità con i propri precedenti orientamenti che – essa ha sostenuto – già avevano previsto che il vincolo ermeneutico si ponesse solo nei confronti della “giurisprudenza consolidata”. Si veda in proposito questo passo del punto 7: “Questa Corte ha già precisato, e qui si ribadisce, che il giudice comune è tenuto a uniformarsi alla giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente [...] in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza [...]”. Ad accettare questa visione, l’elemento innovatore della sentenza in esame risiederebbe solo nell’elencazione degli “indici”, citati nel testo, che orientano il giudice comune nell’individuazione della “giurisprudenza consolidata”. Tale visione, in realtà, sembra fraintendere il contenuto dei precedenti richiamati dalla Corte, o quantomeno ricavare da essi più di quanto non dicano realmente. È vero, infatti, che le sentenze citate dalla Corte contenevano un riferimento alla “giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente” (si vedano C. Cost. 26 novembre 2009, n. 311, punto 6 del “considerato in diritto”; C. Cost. 22 luglio 2011, n. 236, punto 9 del “considerato in diritto”); ma una lettura anche solo sommaria del testo di dette decisioni rende chiaro che il termine “consolidatasi” era usato dalla Corte *en passant* e, ciò che qui maggiormente interessa, sembrava riferirsi genericamente a *tutta* la giurisprudenza della Corte EDU e non essere quindi diretto a limitare l’estensione del vincolo conformativo. Una conferma di quanto qui sostenuto è riscontrabile nella sentenza C. Cost. 11 novembre 2011, n. 303, punto 4.2 del “considerato in diritto”, nella quale la Corte, nel richiamare espressamente i succitati precedenti che parlavano di “giurisprudenza consolidatasi”, utilizza invece l’espressione “giurisprudenza europea *formatasi*” sulla norma della CEDU (corsivo aggiunto). Ciò dimostra che, prima della sentenza n. 49 del 2015, il concetto di giurisprudenza EDU consolidata non aveva alcuna autonomia concettuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Nello stesso senso cfr. S. SONELLI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e giudici nazionali*, cit., p. 1165, in nota 28.

preti. Per non contraddire questi presupposti, la Corte è invece ricorsa all'*escamotage* di restringere la portata della norma interposta. Poiché, come illustrato in precedenza, la concezione gerarchico-formale dell'obbligo di interpretazione conforme fa sì che tale vincolo si ponga solo nei confronti di norme gerarchicamente sovraordinate alla legge, la restrizione del perimetro della norma interposta ha l'immediata conseguenza di restringere anche quello dell'obbligo di ricercare un'interpretazione convenzionalmente orientata.

Una sommaria analisi delle circostanze di fatto può aiutare a contestualizzare la scelta operata dalla Corte. La questione riguardava il valore da attribuire al principio di diritto enunciato nella sentenza della Corte EDU *Varvara c. Italia* in materia di confisca urbanistica per lottizzazione abusiva⁴⁴. Questo istituto, com'è noto, è stato al centro di una lunga saga giurisprudenziale. In passato, la giurisprudenza italiana vedeva in esso una sanzione amministrativa, comminabile anche in assenza di responsabilità penale e collegata al mero accertamento della lottizzazione abusiva. In una serie di decisioni, come per esempio quella nel caso *Sud Fondi c. Italia*, relativo all'*affaire* di Punta Perotti a Bari, la Corte europea aveva invece affermato che la misura ablativa integrava una sanzione penale, nel significato attribuito a tale espressione nell'ambito del sistema EDU, ed era soggetta perciò alle garanzie dell'art. 7 della Convenzione⁴⁵. La Cassazione aveva quindi proceduto a interpretare l'istituto della confisca in modo da recepire sostanzialmente le indicazioni provenienti da Strasburgo: pur senza rinunciare alla configurazione come sanzione amministrativa, aveva però specificato che non potesse essere comminata a soggetti incolpevoli e a terzi in buona fede, richiedendosi invece in ogni caso l'accertamento giudiziale della responsabilità dell'imputato⁴⁶. Con ciò, la Cassazione era sembrata "uniforma[rsi] *in toto* alle indicazioni della Corte europea sul piano dell'applicazione della disposizione nazionale"⁴⁷; un orientamento che era stato lodato dalla Corte costituzionale come esempio virtuoso di interpretazione convenzionalmente orientata⁴⁸.

⁴⁴ Corte EDU, sent. 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ricorso n. 17475/09.

⁴⁵ Corte EDU, sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl e altri c. Italia*, ricorso n. 75909/01. Cfr. E. SCISO, *Punta Perotti a Bari: ancora una condanna per confisca da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 487 ss.

⁴⁶ Si vedano Cass. Pen., sez. III, 24 ottobre 2008, n. 1105; Cass. Pen., sez. III, 14 maggio 2009, n. 20249; Cass. Pen., sez. III, 20 maggio 2009, n. 21188; Cass. Pen., sez. III, 22 settembre 2009, 36845; Cass. Pen., sez. III, 8 ottobre 2009, n. 39078; Cass. Pen., sez. III, 3 novembre 2009, n. 42178.

⁴⁷ E. SCISO, *Il principio dell'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la confisca per lottizzazione abusiva*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 134.

⁴⁸ C. Cost. 16 luglio 2009, n. 239. Per una più approfondita descrizione di queste evoluzioni giurisprudenziali, si veda D. RUSSO, *La "confisca in assenza di condanna"*, cit., p. 3-7.

Nella sentenza *Varvara*, tuttavia, la Corte EDU aveva riscontrato un'ulteriore violazione della Convenzione, in ragione del fatto che il nuovo orientamento elaborato dalla Cassazione consentiva, ad alcune condizioni, la comminazione della sanzione anche a soggetti prosciolti per prescrizione del reato. A giudizio dei giudici europei, invece, la sanzione non poteva essere comminata se non in presenza di una "sentenza di condanna" ("jugement de condamnation" nell'originale francese)⁴⁹. Tale conclusione, in verità, presentava dei margini poco chiari, anche in ragione della brevità della motivazione: in particolare, i giudici di Strasburgo non chiarivano se per "sentenza di condanna" dovesse intendersi, in senso stretto, una sentenza definitiva di condanna, oppure anche un qualsiasi provvedimento definitivo, soggetto alle garanzie dell'art. 7 CEDU, che accertasse la responsabilità personale del destinatario della confisca.⁵⁰ In questo secondo caso, la contrarietà alla CEDU del censurato orientamento della Cassazione sarebbe apparsa discutibile: la stessa corte di legittimità, infatti, aveva stabilito che il provvedimento ablatorio potesse essere irrogato solo se la prescrizione fosse intervenuta dopo l'esercizio dell'azione penale, a seguito del quale ben si potrebbe avere un sostanziale riconoscimento della responsabilità pur non pervenendosi a una sentenza di condanna in senso stretto.⁵¹

L'applicazione del principio enunciato in *Varvara* ad altri casi riguardanti la confisca urbanistica era sfociata in due questioni di costituzionalità dal contenuto speculare aventi ad oggetto l'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), disciplinante l'istituto della confisca. Da un lato, la Cassazione ricorreva all'orientamento espresso dalla Corte EDU come parametro interpretativo dell'art. 44 e dubitava della legittimità costituzionale della norma così ricavata in quanto essa avrebbe comportato il sacrificio, tra gli altri, di beni fondamentali come la salute e l'ambiente sancendo invece la preminenza del diritto di proprietà. Dall'altro lato, un'ordinanza del Tribunale di Teramo si riferiva alla sentenza *Varvara* come parametro di legittimità costituzionale, sollevando questione di costituzionalità dell'art. 44 (nell'interpretazione "adeguatrice" datane dalla Cassazione) per violazione dell'art. 7 CEDU come interpretato dai giudici di Strasburgo.

Negando che il principio di diritto enunciato nella sentenza *Varvara* potesse essere considerato ai fini dell'elaborazione della norma interposta, la Consulta

⁴⁹ Corte EDU, sent. 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, par. 72.

⁵⁰ In questo senso S. SONELLI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali*, cit., p. 1156-1157; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit., p. 1, il quale nota anche come la Corte EDU abbia menzionato suoi precedenti "di dubbia pertinenza".

⁵¹ D. RUSSO, *La "confisca in assenza di condanna"*, cit., p. 8.

ha raggiunto il duplice obiettivo di dichiarare inammissibili entrambe le questioni: con ciò, infatti, essa ha escluso alla radice che la pronuncia della Corte EDU potesse essere utilizzata sia come parametro di costituzionalità che come parametro interpretativo.

5. I problemi che restano irrisolti dopo la sentenza n. 49 del 2015 alla luce della dottrina e della giurisprudenza successive

Prima di esaminare nel dettaglio i numerosi problemi sollevati dalla sentenza n. 49, è opportuno premettere che il duplice obiettivo perseguito dalla Corte costituzionale – cioè la dichiarazione di inammissibilità di entrambe le questioni dinanzi a essa – risulta, a ben vedere, pienamente comprensibile date le circostanze del caso⁵².

In ragione delle ambiguità della sentenza *Varvara*, assicurarne l'applicazione nell'ordinamento italiano attraverso una pronuncia di incostituzionalità della normativa interna (apparentemente) difforme sarebbe stata una misura abnorme. Si consideri, a questo proposito, che questioni del tutto analoghe sono tuttora pendenti dinanzi alla Grande Camera, alla quale sono state sottoposte allo scopo di ottenere un chiarimento dell'approccio della Corte EDU in materia di confisca urbanistica⁵³. Sarebbe stata davvero paradossale la situazione nella quale, dichiarata incostituzionale la normativa interna per un contrasto (già di per sé opinabile) con *Varvara*, fosse poi intervenuto un *revirement* della stessa Corte EDU in seguito al quale la normativa interna, ormai espunta dall'ordinamento, sarebbe stata invece compatibile con la Convenzione. Ugualmente abnorme, d'altra parte, sarebbe stata una pronuncia di incostituzionalità della sentenza *Varvara*: dopotutto, proprio la sua ambiguità avrebbe reso possibile interpretarla in modo conforme a Costituzione, o, più precisamente, in modo da assicurare un adeguato bilanciamento tra tutela della proprietà e altri diritti costituzionalmente garantiti.

Per raggiungere questi obiettivi, tuttavia, sarebbe stato sufficiente per la Consulta fare leva sulle ambiguità della sentenza *Varvara*. Tale argomento, a ben vedere, non è assente dalla sentenza n. 49: la Corte, infatti, ha sottolineato

⁵² In questo senso, e in generale per un apprezzamento positivo della sentenza n. 49/2015, cfr. M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute*, cit. Si noti che l'Autore era assistente di studio del giudice che ha redatto la sentenza in commento.

⁵³ Si tratta dei casi *G.I.E.M s.r.l. c. Italia*, ricorso n. 1828/06; *Hotel Promotion Bureau s.r.l. e Rita Sarda s.r.l. c. Italia*, ricorso n. 34163/07; e *Falgest s.r.l. e Gironde c. Italia*, ricorso n. 19029/11. L'udienza si è tenuta il 2 settembre 2015. Alla data di scrittura del presente contributo, una decisione non è ancora stata resa dalla Grande Camera: si veda l'elenco dei casi pendenti dinanzi alla Grande Camera, disponibile all'indirizzo: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings/gcpending> (ultimo accesso 11 febbraio 2018). Cfr. in merito G. CIVIELLO, *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza "Varvara"?*, in *Archivio penale*, 2/2015.

come fosse dubitabile, perché incoerente con la precedente giurisprudenza della stessa Corte EDU, che la sentenza *Varvara* intendesse realmente richiedere che la sanzione della confisca per lottizzazione abusiva venisse comminata solo in presenza di una sentenza di condanna in senso formale, e non richiedesse invece solo l'accertamento della responsabilità dell'imputato⁵⁴. Se la Corte non si è limitata a questo argomento è – sembra evidente – perché ha voluto fornire alle corti delle indicazioni di applicazione generale che andassero ben al di là del caso concreto.

Il modo in cui la Corte ha fatto ciò, tuttavia, ha ricevuto critiche pressoché unanimi dalla dottrina. Volendo schematizzare, tali critiche sono riconducibili a tre argomenti fondamentali: l'exasperazione del formalismo gerarchico nella definizione dei rapporti tra diritto convenzionale e ordinamento interno; l'ineadeguatezza del concetto di "giurisprudenza consolidata" e degli "indici" per la sua individuazione; e l'incertezza in merito al valore da attribuire alla giurisprudenza ritenuta non consolidata.

In primo luogo, nella sentenza n. 49 manca qualsivoglia richiamo ai criteri di tipo sostanziale attraverso i quali la giurisprudenza costituzionale precedente, come detto, aveva attenuato l'obbligo per i giudici comuni di conformarsi a tutte le decisioni della Corte EDU. Più precisamente, la Corte non fa menzione né del criterio della massima espansione delle tutele, ex art. 53 CEDU, né della possibilità di operare un bilanciamento tra principi di diritto formulati dalla Corte di Strasburgo e altri valori costituzionalmente rilevanti. Al contrario, essa limita le possibilità di disattendere un orientamento EDU a due sole situazioni: o in caso di incompatibilità tra norma di origine convenzionale e Costituzione, caso che, in virtù del "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU", dovrebbe condurre alla dichiarazione di incostituzionalità della norma convenzionale⁵⁵; o nel caso in cui, come descritto poc'anzi, l'orientamento della Corte di Strasburgo manchi dei requisiti necessari a essere considerato alla stregua di norma interposta e, dunque, di vincolo all'interpretazione del giudice comune. In entrambe le ipotesi, i criteri elaborati dalla Consulta fanno leva esclusivamente su elementi gerarchico-formali, mentre risulta del tutto svilita qualsiasi valutazione nel merito della *sostanza* dei diritti all'esame del giudice⁵⁶.

⁵⁴ C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 6 del "considerato in diritto".

⁵⁵ C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 4 del "considerato in diritto": nelle parole della Corte, "[l]a pretesa antinomia venutasi a creare tra il diritto nazionale interpretato in senso costituzionalmente orientato, e dunque fermo nell'escludere che la confisca urbanistica esiga una condanna penale, e la CEDU, che a parere del rimettente esprimerebbe una regola opposta, avrebbe perciò dovuto essere risolta ponendo in dubbio la legittimità costituzionale della legge di adattamento, in quanto essa permette l'ingresso nell'ordinamento italiano di una simile regola".

⁵⁶ D. RUSSO, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea*, cit., p. 4-5; S. SONELLI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali*, cit., p. 1162-1164.

In secondo luogo, ha destato notevoli perplessità la stessa nozione di giurisprudenza EDU “consolidata”, che la Consulta ha affermato potersi estrapolare dall’art. 28 CEDU, contenente un riferimento al “well-established case-law” della Corte EDU. Questo articolo, tuttavia, si limita a prevedere che i casi risolvibili in base a un orientamento consolidato della Corte possano essere decisi nel merito anche dai Comitati di tre giudici; si tratta dunque di una norma sul funzionamento interno della Corte, che nessun legame ha con le modalità di applicazione delle decisioni a livello di ordinamenti interni⁵⁷.

L’introduzione di tale nozione da parte della Corte italiana appare discutibile per molteplici ragioni. In termini generali, infatti, una pronuncia isolata della Corte EDU non è, per questo solo motivo, meno vincolante di un orientamento consolidatosi nel tempo⁵⁸. Poco opportuni sono, inoltre, gli “indici” elaborati dalla Corte per dare corpo alla nozione di “giurisprudenza consolidata”. Sfugge, innanzitutto, perché la “carica innovativa” di una pronuncia dovrebbe attenuarne la persuasività o la pertinenza a incidere sulla decisione di un caso. Come è stato opportunamente notato, può essere semmai vero il contrario, cioè che venga attribuito minor valore a un precedente molto risalente, che la Corte EDU non abbia avuto occasione di rivisitare alla luce di nuove tendenze⁵⁹.

È stato parimenti sostenuto che sia inesatto assegnare alle sentenze della Grande Camera una forza vincolante superiore a quella delle decisioni delle Camere⁶⁰. L’intervento della prima, va notato, non è affatto routinario; al contrario, in virtù dell’art. 43 CEDU esso è confinato a “exceptional cases” che sollevino questioni di diritto di particolare rilevanza o nei quali sia necessario dirimere un contrasto giurisprudenziale. Il mancato intervento della Grande Camera, insomma, può essere un indice della non esistenza di un contrasto giurisprudenziale, e dunque, in non rari casi, proprio della natura pacifica o “consolidata” di un dato orientamento⁶¹.

Anche la presenza di opinioni dissenzienti non è un indice idoneo a stabilire se una decisione EDU possieda maggiore o minore efficacia vincolante. Si tratta, infatti, di una questione relativa al funzionamento interno della Corte, dalla quale è scorretto trarre conseguenze sul diverso piano dell’efficacia delle sue decisioni⁶². Non è chiarito, peraltro, dalla sentenza n. 49, come tale indice

⁵⁷ R. CONTI, *La CEDU assediata?*, cit., p. 185.

⁵⁸ S. SONELLI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e giudici nazionali*, cit., p. 1169; R. CONTI, *La CEDU assediata?*, cit., p. 187.

⁵⁹ V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit., p. 6.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 5.

⁶¹ D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, cit., p. 403.

⁶² V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit., p. 4; S. SONELLI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e giudici nazionali*, cit., p. 1168-1169.

interagisca con gli altri; quale valore, cioè, il giudice italiano dovrebbe attribuire a sentenze della Grande Camera o sentenze pilota nelle quali una consistente minoranza dei giudici abbia espresso il proprio dissenso.

Infine, non sembra del tutto convincente nemmeno il modo in cui la Consulta ha fatto riferimento alle c.d. sentenze pilota. La funzione di tali decisioni è quella di identificare problemi strutturali negli ordinamenti interni, che hanno dato luogo a una sequela di casi identici dinanzi alla Corte di Strasburgo, e di indicare le necessarie soluzioni alle autorità nazionali⁶³. A tal proposito, la sentenza n. 49/2015 ha affermato che, al di fuori dei summenzionati casi di “giurisprudenza consolidata”, non vi sarebbe “alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una ‘sentenza pilota’ in senso stretto”⁶⁴. Quest’ultima espressione designa le sentenze EDU in cui l’indicazione dei problemi strutturali e delle misure necessarie a superarli è contenuta nel dispositivo della sentenza; si parla invece di sentenze “quasi-pilota” qualora tali indicazioni siano contenute nella motivazione e non nel dispositivo⁶⁵. Sfugge il motivo per cui il citato *dictum* della sentenza n. 49/2015 attribuisca particolare efficacia vincolante nei giudizi interni solo alla prima categoria di sentenze pilota e non anche alla seconda: in entrambi i casi, simili decisioni sono rese proprio allo scopo di spiegare effetti al di là del caso concreto dinanzi alla Corte di Strasburgo. Peraltro, la Corte costituzionale non ha chiarito se anche le sentenze pilota (in senso stretto) rese nei confronti di altri Paesi debbano essere considerate come vincolanti dal giudice italiano; in tal caso, sarebbe scarsamente comprensibile la *ratio* di attribuire a tali decisioni un valore più stringente di pronunce “isolate” rese contro l’Italia.

In terzo luogo, l’approccio adottato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49 non ha specificato quale valore residui per la giurisprudenza EDU che, a causa della propria natura “non consolidata”, non sia degna di essere considerata vincolante dal giudice italiano. Alcuni hanno letto nella sentenza

⁶³ Si vedano in proposito, *ex multis*, D. HAIDER, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Brill, Leiden, 2013; F.M. PALOMBINO, *La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 91 ss.; M. BOCCHI, *Le sentenze pilota nella prassi della Corte europea dei diritti umani e la loro efficacia negli ordinamenti interni*, in *Com. int.*, 2016, p. 71 ss. La procedura della sentenza pilota, inizialmente inusuale nella prassi giurisprudenziale, è stata nel 2011 codificata nell’art. 61 del Regolamento della Corte.

⁶⁴ C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 7 del “considerato in diritto”.

⁶⁵ Costituisce una sentenza “quasi-pilota”, ad esempio, Corte EDU, sent. 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, ricorso n. 6884/11, con la quale la Corte ha stabilito che le violenze perpetrate dalle forze dell’ordine italiane nella scuola Diaz, nel corso del G8 tenuto a Genova nel 2001, costituirono atti di tortura ai sensi dell’art. 3 CEDU. La Corte ha rilevato un difetto strutturale dell’ordinamento italiano nella mancanza di un adeguato quadro giuridico per la repressione di atti di tortura: si vedano i paragrafi 242-246.

n. 49 un *obbligo di non considerare* tali pronunce⁶⁶; ma questa visione sembra eccessiva, dal momento che la Corte non menziona mai espressamente un simile obbligo negativo e, al contrario, insiste sull'autonomia in sede di interpretazione di cui i giudici godono in virtù dell'art. 101, comma 2, della Costituzione, che li rende "soggetti soltanto alla legge"⁶⁷. Sembra dunque da condividere l'opinione secondo la quale l'interpretazione convenzionalmente orientata resti possibile, anche se non obbligatoria, anche nei confronti di orientamenti della Corte EDU "non consolidati"⁶⁸. Ma ciò ripropone il problema di stabilire a quali condizioni sia opportuno, per i giudici comuni, conformare la propria interpretazione anche a tali decisioni; e, ancora una volta, la sentenza n. 49 non offre alcuna indicazione in merito.

In conclusione, è stato notato in dottrina come la sentenza n. 49, piuttosto che portare l'auspicato chiarimento sul valore ermeneutico della giurisprudenza EDU, sia stata in realtà controproducente, introducendo nuovi elementi di confusione e incertezza⁶⁹. Questa visione è peraltro confermata dalla varietà di approcci adottati nella successiva giurisprudenza di merito e di legittimità, che ha offerto soluzioni radicalmente divergenti ad alcuni dei problemi che sono stati appena descritti. Tale giurisprudenza ha avuto ad oggetto, in particolare, il valore da attribuire alla sentenza *De Tommaso c. Italia*, in cui la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione, da parte dell'Italia, dell'art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione (che tutela la libertà di movimento) a causa della scarsa precisione e prevedibilità *ex ante* dei requisiti previsti dal c.d. Codice antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159) per l'applicazione di misure di prevenzione personali – requisiti tra i quali rientrano espressioni di particolare vaghezza come "vivere onestamente" e "rispettare le leggi"⁷⁰.

Un primo orientamento della giurisprudenza di merito ha considerato la sentenza *De Tommaso* come idonea a integrare il parametro interposto di costituzionalità, in base ai requisiti dettati dalla sentenza n. 49 e, in particolare, perché adottata dalla Grande Camera. Questo approccio è stato seguito dalla

⁶⁶ A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme a CEDU*, cit., p. 19

⁶⁷ C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 7 del "considerato in diritto".

⁶⁸ F. VIGANÒ, *La consulta e la tela di Penelope*, cit., p. 342.

⁶⁹ D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, cit., p. 404.

⁷⁰ Corte EDU, sent. 25 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, ricorso n. 43395/09. Cfr. F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2017, p. 127 ss.; F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2017, p. 370 ss.

Corte di Appello di Napoli e dal Tribunale di Udine, che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale delle disposizioni interne ritenute in violazione della CEDU dalla sentenza *De Tommaso*⁷¹.

Un secondo orientamento, all'opposto, ha considerato la sentenza *De Tommaso* non idonea a integrare il parametro di costituzionalità e, come conseguenza, ha rifiutato di ricercare una interpretazione della legge conforme a tale decisione. Un decreto del Tribunale di Milano, in particolare, pur notando che la decisione proveniva dalla Grande Camera, ha attribuito maggior peso ad altri "indici" stabiliti dalla sentenza n. 49 e, in particolare, alla novità della questione decisa in *De Tommaso*, alla presenza di opinioni dissenzienti e al fatto che tale decisione si pone – a giudizio del Tribunale – in contrasto con una consolidata giurisprudenza sia convenzionale sia nazionale⁷².

Ancora diverso è stato l'orientamento adottato dal Tribunale di Palermo, il quale, pur ritenendo che la sentenza *De Tommaso* non integri "giurisprudenza consolidata" e non sia perciò vincolante per i giudici italiani, ha comunque ritenuto di poter ricercare una interpretazione delle disposizioni nazionali in oggetto che fosse il più possibile conforme a quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo⁷³.

Tenendo conto della situazione di incertezza in cui versa la giurisprudenza italiana in seguito alla sentenza n. 49/2015, sembra tutto sommato condivisibile l'approccio adottato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, interpellate in merito al quesito se il regime relativo all'applicazione di misure di prevenzione personali "sia coerente con i principi di precisione, determinatezza e tassatività delle norme penali, anche alla luce della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*". Con la sentenza n. 40076/2017, le Sezioni Unite hanno interpretato la normativa interna in modo conforme alla sentenza *De Tommaso*, stabilendo che "l'inosservanza delle prescrizioni generiche di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi», da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno", non costituisce violazione del Codice antimafia. Nel fare ciò, le Sezioni Unite hanno adottato l'approccio più semplice: non hanno neppure menzionato i requisiti fissati dalla sentenza n. 49 e hanno proceduto a ricercare un'interpretazione convenzionalmente orientata della legge senza soffermarsi

⁷¹ Corte di Appello di Napoli, ordinanza del 14 marzo 2017; Tribunale di Udine, ordinanza del 4 aprile 2017.

⁷² Tribunale di Milano, sez. autonoma misure di prevenzione, decreto del 7 marzo 2017. Si noti che il decreto afferma erroneamente che alla sentenza *De Tommaso* sono state allegate cinque opinioni dissenzienti. In realtà, sei giudici hanno redatto un'opinione concorrente (cinque dei quali, incluso il giudice italiano Raimondi, un'unica *joint concurring opinion*), mentre quattro hanno espresso un'opinione parzialmente dissenziente.

⁷³ Tribunale di Palermo, sez. I penale – misure di prevenzione, decreto del 28 marzo 2017.

sulle ragioni di tale scelta⁷⁴. Benché pragmatico nei modi e corretto nei risultati, questo approccio non ha però la capacità di fornire alcun apporto chiarificatore in merito alle incertezze sollevate dalla sentenza n. 49.

6. Una proposta di soluzione: l'obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo come obbligo di prendere in considerazione.

Per avanzare una proposta che possa contribuire a risolvere le attuali incertezze, è utile trarre alcune sintetiche conclusioni dal contenuto dei paragrafi precedenti in merito allo stato attuale della giurisprudenza costituzionale sul valore delle decisioni della Corte EDU.

Tale approccio ruota oggi intorno a un “doppio binario”⁷⁵ a seconda che tali decisioni siano considerate o meno idonee a integrare il parametro interposto di costituzionalità. Se non lo sono, non vi è obbligo di conformarvisi; non è chiaro, però, se e a quali condizioni esse possano comunque avere un valore a fini ermeneutici. Se lo sono, allora la ricerca di un'interpretazione conforme alla giurisprudenza EDU ha carattere obbligatorio, ma non sono chiari i limiti a cui è sottoposto questo obbligo conformativo. Si potrebbe ritenere che esso resti – nella *ratio*, nell'estensione e nei limiti – pressoché invariato rispetto a quanto originariamente stabilito dalle “sentenze gemelle”, ma anche questa conclusione è incerta, in quanto la sentenza n. 49 è sembrata menzionare il contrasto tra diritto convenzionale e diritto costituzionale come l'unico caso che giustifichi un distacco da un orientamento di Strasburgo.

Entrambe le alternative di questo “doppio binario”, come si vede, sono insoddisfacenti. Mentre la prima strada è criticabile perché rischia di svilire (peraltro secondo criteri formalistici, imprecisi e in larga parte arbitrari) la rilevanza interna di (parte del)la giurisprudenza EDU, nei confronti della seconda restano in gran parte valide le critiche espresse in precedenza nei confronti delle “sentenze gemelle” nel senso della scarsa chiarezza dell'estensione e dei limiti di tale vincolo ermeneutico. Sembra perciò opportuno ricercare un approccio intermedio che superi entrambe queste alternative.

Una soluzione in tal senso è offerta da una rilettura degli scritti di quegli autori che, commentando le “sentenze gemelle”, avevano suggerito di modificare l'obbligo di adeguamento ermeneutico alle sentenze EDU in termini che nelle pagine precedenti sono stati definiti *qualitativi* e non, come nella sentenza n. 49, *quantitativi*. In altri termini, la soluzione all'eccessiva rigidità dell'approccio adottato nelle “sentenze gemelle” non dovrebbe essere ricercata nel

⁷⁴ Cass. Pen., sez. un., 5 settembre 2017, n. 40076. Per un commento si veda la nota di D. PULITANÒ in *Giurisprudenza Penale Web*, disponibile all'indirizzo: www.giurisprudenzapenale.com, 10/2017.

⁷⁵ L'espressione è in A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta*, cit., p. 328.

limitare l'obbligo di conformazione ermeneutica solo ad alcune categorie di sentenze escludendone altre. Una simile operazione, comunque venga operata la selezione, presenterebbe dei margini di arbitrarietà, come esemplificato dalla sentenza n. 49. Sarebbe invece opportuno attenuare la portata dell'obbligo di interpretazione conforme configurandolo nei termini di un obbligo di prendere in considerazione la giurisprudenza di Strasburgo, senza però negare che tutta la giurisprudenza EDU possa essere potenzialmente rilevante dal punto di vista del giudice nazionale⁷⁶.

Così congegnato, il vincolo ermeneutico non si pone nei termini di obbligo di risultato, cioè a conformarsi *sic et simpliciter* agli orientamenti della Corte sovranazionale, ma costituisce un obbligo di natura procedurale⁷⁷. Il giudice, cioè, ha l'obbligo di prendere cognizione degli orientamenti della Corte EDU che possano rilevare per la soluzione del caso dinanzi a sé, cosa che normalmente lo condurrà a conformarsi a essi; può tuttavia discostarsene esplicitando il suo dissenso e offrendo adeguate motivazioni.

Questo approccio, a ben vedere, è in effetti il più coerente con il valore del precedente nel sistema CEDU. Il modo in cui la Corte di Strasburgo si rapporta alla propria giurisprudenza (c.d. precedente "orizzontale") si colloca a un livello intermedio tra vincolatività e mera persuasività, i due tradizionali approcci che descrivono il valore del precedente rispettivamente nei paesi di *common law* e di *civil law*. Come affermato dalla Corte in *Cossey c. Regno Unito*, "the Court is not bound by its previous judgments [...] However, it usually follows and applies its own precedents, such a course being in the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law. Nevertheless, this would not prevent the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so"⁷⁸. Essa cioè si conforma in linea di principio ai propri precedenti, salvo che esistano degli adeguati argomenti che suggeriscano il contrario. Ciò non impedisce, peraltro, l'esistenza di contrasti giurisprudenziali, dai quali la necessità del ricorso alla Grande Camera.

⁷⁶ Oltre alla dottrina citata in precedenza si veda, per un'analisi più ampia in merito all'utilizzo del "take into account approach" da parte dei giudici interni nei confronti delle sentenze internazionali, F.M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008, particolarmente p. 7-8 e p. 132-149. Per considerazioni generali cfr. anche M. KUMM, *Democratic Constitutionalism Encounters International Law*, cit., p. 292, il quale nota, nelle interazioni tra diritti interni e diritto internazionale, "a shift from rules of conflict to rules of engagement. These rules of engagement characteristically take the forms of a duty to engage, the duty to take into account as a consideration of some weight, or presumptions of some sort".

⁷⁷ In questo senso G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, p. 307 e 316-317.

⁷⁸ Corte EDU, 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, ricorso n. 10843/84, punto 35. Per un caso più recente in cui la Corte si è espressamente discostata dai propri precedenti si veda Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia (n° 2)*, ricorso n. 10249/03, punti 104-106.

Tale schema, relativo al valore che la Corte EDU dà ai *propri* precedenti, può essere replicato, con i dovuti aggiustamenti, anche in merito al valore che tali precedenti assumono per i giudici degli Stati membri. Da un lato, si è già evidenziato in precedenza che nulla nel testo della Convenzione suggerisce che le decisioni della Corte debbano acquisire efficacia strettamente vincolante al di là del caso in relazione al quale sono state rese (ex art. 46 CEDU)⁷⁹, né che la Corte europea goda di un qualsivoglia monopolio interpretativo sul testo della Convenzione. Dall'altra parte, è altrettanto evidente che il valore delle decisioni della Corte EDU non sia confinato al singolo caso. È pacificamente accettato in dottrina, ad esempio, che lo Stato contro il quale è stata pronunciata una sentenza di condanna debba adottare le necessarie misure di natura generale per evitare che identiche violazioni si ripetano in futuro⁸⁰. Ma poiché la Corte EDU segue, in linea di massima, i propri precedenti, un'identica esigenza si pone anche nei riguardi di decisioni emesse nei confronti di altri Stati: anche in questo caso, assicurare la conformità del diritto interno agli orientamenti della Corte EDU è necessario per evitare future condanne da parte della Corte di Strasburgo. Ciò è stato del resto riconosciuto dalla stessa Corte EDU, che in numerosi casi ha fatto riferimento a un'efficacia delle proprie decisioni al di là del tradizionale schema della obbligatorietà *inter partes* e, in particolare, alla necessità che i giudici statali si conformino agli orientamenti espressi dalla Corte sovranazionale “*dans la mesure du possible*”⁸¹.

Alcune considerazioni aiutano a mediare tra questi due estremi, ovvero l'assenza di vincolatività *de jure* contro la tendenziale esigenza, comunque presente, di assicurare la conformità del diritto interno agli orientamenti della Corte EDU al fine di evitare violazioni della Convenzione. Il principale elemento di mediazione è che il sistema CEDU non mira all'assoluta uniformità nella tutela dei diritti, come dimostrato dalla dottrina del c.d. margine di ap-

⁷⁹ Sul punto si vedano, *ex multis*, A. BODNAR, *Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for Other States Than Those Which Were Parties to the Proceedings*, in Y. HAECK, E. BREMS (a cura di), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Springer, Dordrecht, 2014, p. 223 ss.; O.M. ARNADOTTIR, *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2017, p. 819 ss.

⁸⁰ Cfr., su tutti, P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 76 ss.

⁸¹ Cfr. la già citata sentenza Corte EDU, 27 marzo 2003, *Scordino c. Italia*, ricorso n. 36813/97. In aggiunta a quanto detto nel testo, si consideri anche che tale principio è stato espresso dalla Corte EDU in relazione all'interpretazione di una legge (c.d. legge Pinto) adottata precisamente allo scopo di assolvere ad obblighi CEDU. Si trattava, nella specie, di garantire un rimedio effettivo, ai sensi dell'art. 13 CEDU, per i casi di irragionevole durata del processo.

prezzamento di cui le autorità nazionali godono nell'applicazione della Convenzione⁸². In questa prospettiva, vari elementi possono condurre i giudici nazionali a discostarsi da un orientamento della Corte EDU.

Opera, in primo luogo, il già ricordato principio di massima espansione delle tutele, in base all'art. 53 CEDU. In secondo luogo, possono esservi divergenze in merito al bilanciamento dei diritti in un caso concreto: poiché, infatti, solo i ricorrenti e lo Stato sono rappresentati dinanzi alla Corte di Strasburgo, le corti interne si trovano in una posizione istituzionalmente migliore per considerare e contemperare le posizioni soggettive di tutti i soggetti interessati e, non meno importante, della collettività nel suo complesso. La stessa Corte EDU, peraltro, mostra particolare rispetto nei confronti del bilanciamento operato dai giudici nazionali⁸³. In terzo luogo, i precedenti della Corte europea possono essere più o meno rilevanti a seconda delle diverse circostanze di fatto: la Corte EDU, infatti, decide sempre sulla base delle specifiche circostanze del caso concreto, cosa che lascia ampio margine ai giudici nazionali per fare ricorso a tecniche di *distinguishing*⁸⁴. Infine, com'è ovvio, nei casi in cui esista un contrasto giurisprudenziale interno alla stessa giurisprudenza EDU, i giudici interni sono chiamati a mediare tra diversi orientamenti e, se del caso, a operare una scelta in merito a quale seguire⁸⁵.

In sintesi, una varietà di argomenti possono condurre i giudici nazionali a orientarsi verso soluzioni difformi da quelle adottate nella giurisprudenza della

⁸² Nella dottrina italiana, si veda R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss.; nella dottrina in lingua inglese, *ex multis*, A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Anversa, 2002. Sottolinea che il margine di apprezzamento consente alle corti nazionali di utilizzare la giurisprudenza EDU in modo creativo J. POLAKIEWICZ, *The Status of the Convention in National Law*, in R. BLACKBURN, J. POLAKIEWICZ (a cura di), *Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 52-53.

⁸³ Si veda per es. Corte EDU, 7 febbraio 2012, *von Hannover c. Germania* (n° 2), ricorsi n. 40660/08 e 60641/08, punto 93: “[The ECtHR’s] role was precisely to confirm that the Contracting States had put in place a mechanism for the determination of a fair balance and whether particular factors taken into account by the national courts in striking such a balance were consistent with the Convention and its case-law. It should only intervene where the domestic courts had considered irrelevant factors to be significant or where the conclusions reached by the domestic courts were clearly arbitrary or summarily dismissive of the privacy or reputational interests at stake”.

⁸⁴ Cfr. G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*, cit., p. 311-312, per una più accurata descrizione di quelle che l'autore definisce “tecniche di disobbedienza funzionale” delle corti interne alla Corte EDU. Si vedano anche le considerazioni di V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit., p. 6-8, il quale sottolinea che, al fine di soppesare l'efficacia di una decisione della Corte di Strasburgo, “indispensabile è valutare la pertinenza del precedente rispetto al caso da decidere”.

⁸⁵ D. RUSSO, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea*, cit., p. 6-7.

Corte di Strasburgo. A queste condizioni, il meccanismo del “taking into account” appare come il più adeguato a regolare il valore di tale giurisprudenza nei procedimenti dinanzi ai giudici nazionali. Questo approccio consente, da un lato, di far sì che la giurisprudenza EDU, se rilevante, orienti *in ogni caso* l'attività ermeneutica dei giudici interni; e, dall'altro lato, permette a questi ultimi di fare leva, ove necessario, su argomenti del tipo di quelli appena descritti, che giustifichino un allontanamento dal precedente europeo. Se efficaci, tali argomenti, a loro volta, possono innescare fenomeni di dialogo tra corti e finanche condurre il giudice europeo a riconsiderare il proprio orientamento⁸⁶.

Si tratta sempre, è bene precisare, di argomenti di natura sostanziale, volti a dimostrare che una soluzione difforme dal precedente EDU è maggiormente idonea a raggiungimento di obiettivi di giustizia nel caso concreto⁸⁷. Come è stato efficacemente sostenuto, infatti, la *ratio* del “taking into account approach” riposa nell'idea che “it is more important to have a right decision than a decision consistent with previous cases”⁸⁸. Per contro, argomenti meramente formali, come quelli avanzati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015 in merito alla nozione di “giurisprudenza consolidata”, non appaiono adeguati a giustificare un allontanamento da un precedente rilevante della Corte EDU, proprio perché essi non hanno alcuna capacità di dimostrare che la soluzione adottata dal giudice interno sia più giusta nel merito. Peraltro, essi rischiano di essere in larga misura inadeguati a innescare un dialogo tra corti interne e Corte sovranazionale, giacché sembra improbabile che un dissenso fondato su argomentazioni meramente formali possa indurre la Corte EDU a un ripensamento. Se la Corte europea ritornerà sul proprio orientamento adeguandosi, in tutto o in parte, all'approccio adottato dalle corti italiane sulla questione della confisca in assenza di condanna, sarà probabilmente per correggere le ambiguità della propria giurisprudenza, come emerse nella sentenza *Varvara*, piuttosto che in risposta agli argomenti formalistici avanzati dalla Corte costituzionale⁸⁹.

⁸⁶ Si veda sul punto B. PETERS, *The Rule of Law Dimensions of Dialogues Between National Courts and Strasbourg*, in M. KANETAKE, A. NOLLKAEMPER (a cura di), *The Rule of Law at the National and International Levels. Contestations and Deference*, Hart, Oxford, 2016, p. 201 ss., la quale sottolinea, ad esempio, come la succitata decisione Corte EDU, 7 febbraio 2012, *von Hannover c. Germania* (n° 2) abbia in parte recepito gli argomenti avanzati dalla Corte costituzionale tedesca in dissenso con Corte EDU, 24 giugno 2004, *von Hannover c. Germania* (n° 1), ricorso n. 59320/00.

⁸⁷ D. RUSSO, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea*, cit., p. 8.

⁸⁸ F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Asser, L'Aia, 2018, p. 144.

⁸⁹ Quanto espresso nel testo riguarda, per la precisione, il punto 7 della sentenza n. 49/2015, in cui la Corte ha introdotto il criterio della “giurisprudenza consolidata” e ha elencato gli “indici” per la sua individuazione. Per quanto riguarda, al contrario, il punto 6, secondo S. SONELLI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali*, cit., p. 1162, la critica che la Consulta ha operato nei confronti dell'ambiguità argomentativa della sentenza *Varvara* “potrebbe legittimamente collocarsi

L'approccio suggerito in queste pagine ha ricevuto molteplici conferme nella prassi. Esso è stato fatto proprio dalle dichiarazioni finali di due Conferenze di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo, alle quali hanno preso parte tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa. Nella dichiarazione finale della Conferenza di Interlaken del 2010, in particolare, si legge che "[t]he Conference [...] calls upon the States Parties to commit themselves to [...] *taking into account* the Court's developing case-law, also with a view to considering the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State, where the same problem of principle exists within their own legal system"⁹⁰. In termini analoghi si è espressa la dichiarazione finale della Conferenza di Brighton del 2012⁹¹.

In ottica comparata, è stato notato in dottrina come le corti di pressoché tutti gli Stati del Consiglio d'Europa si riservino, in modi più o meno espliciti, uno spazio di contestazione delle decisioni della Corte europea⁹². Più in particolare, l'interazione con le sentenze di Strasburgo è espressamente ricostruita nei termini di un "duty to take into account" negli ordinamenti britannico e tedesco.

Per quanto riguarda il primo, la sezione 2(1) dello Human Rights Act del 1998, che ha incorporato gran parte dei diritti garantiti dalla Convenzione europea nell'ordinamento britannico, prevede che "[a] court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must

nel perimetro di un «dialogo» costruttivo tra corti, anche se a tal fine avrebbe richiesto una più articolata elaborazione per risultare significativamente «influyente» nei confronti dell'interlocutore sovranazionale [...]"

⁹⁰ Dichiarazione di Interlaken, 19 febbraio 2010, punto B(4)(c) del "Piano d'azione" (corsivo nel testo aggiunto). Il testo inglese della dichiarazione è disponibile all'indirizzo: www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf.

⁹¹ Dichiarazione di Brighton, 19-20 aprile 2012. Si vedano in particolare i punti A(7): "National courts and tribunals should take into account the Convention and the case law of the Court" e A(9)(c)(4): "The Conference [...] expresses the determination of the States Parties to ensure effective implementation of the Convention at national level by taking the following specific measures, so far as relevant: [...] Enabling and encouraging national courts and tribunals to take into account the relevant principles of the Convention, having regard to the case law of the Court, in conducting proceedings and formulating judgments [...]". Il testo inglese della dichiarazione è disponibile all'indirizzo: www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf. Si noti che, benché le Conferenze di alto livello tenutesi a partire dal 2010 non siano organi del Consiglio d'Europa, i loro esiti hanno ispirato la conclusione del Protocollo n. 15 (non ancora entrato in vigore), che introduce un riferimento espresso al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento. Cfr. G. RAIMONDI, *La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo www.rivistaaic.it, 3/2012.

⁹² Cfr. in questo senso N. KRISCH, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, in *The Modern Law Review*, 2008, p. 183 ss. Per simili prese di posizione da parte della Corte costituzionale russa si veda, ad esempio, A. CALIGIURI, *La recente giurisprudenza costituzionale russa sui rapporti tra Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento interno*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 73 ss.

take into account any [...] judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights [...]”⁹³. Nel corso dei dibattiti parlamentari che portarono all’adozione dello Human Rights Act, questa formulazione fu ritenuta essere la più confacente al valore che il precedente assume nel sistema CEDU: si preferì dunque evitare di introdurre un vincolo assoluto per le corti interne a conformarsi alla giurisprudenza della Corte EDU⁹⁴. Un più incisivo vincolo ermeneutico di tipo conformativo è invece previsto dalla sezione 3(1) con riguardo alle disposizioni delle Convenzione: “[s]o far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights”.

La giurisprudenza ha interpretato l’obbligo di “take into account” nel senso che esso istituisca una presunzione in favore del rispetto delle decisioni della Corte di Strasburgo⁹⁵. È interessante notare che la decisione della House of Lords nel caso *Alconbury*, dove tale approccio è stato adottato per la prima volta, limitava la presunzione alla giurisprudenza “clear and constant” della Corte EDU⁹⁶. Non sfuggirà l’assonanza con il concetto di “giurisprudenza consolidata” introdotto dalla sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale. Tale limitazione, tuttavia, è stata superata nella giurisprudenza successiva. Nel caso *Horncastle*, in particolare, la Corte suprema ha articolato in termini particolarmente chiari il contenuto dell’obbligo in questione, affermando che “[t]he requirement to ‘take into account’ the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is

⁹³ Nella dottrina in lingua italiana, cfr. R. SAPIENZA, *Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1998: in margine all’obbligo delle corti inglesi ‘to take into account’ la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 253 ss.

⁹⁴ Si veda sul punto R. MASTERMAN, *Aspiration or Foundation? the Status of the Strasbourg Jurisprudence and the “Convention rights” in Domestic Law*, in H. FENWICK, G. PHILLIPSON, R. MASTERMAN (a cura di), *Judicial Reasoning Under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 57 ss. e, in particolare, p. 71 ss.

⁹⁵ A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 146.

⁹⁶ *R. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte Alconbury Developments Ltd*, [2001] UKHL 23, punto 26: “In the absence of some special circumstances it seems to me that the court should follow any clear and constant jurisprudence of the European Court of Human Rights. If it does not do so there is at least a possibility that the case will go to that court which is likely in the ordinary case to follow its own constant jurisprudence”.

in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between the domestic court and the Strasbourg court”⁹⁷.

In sintesi, le corti britanniche riconoscono che non ci si possa discostare da orientamenti della Corte di Strasburgo “without strong reason”⁹⁸. Si possono identificare due gruppi di ipotesi in tal senso. L’argomento più frequentemente invocato per allontanarsi da un precedente della Corte europea è quello della diversità delle circostanze di fatto e della necessità di adeguare un principio di diritto al contesto giuridico del Regno Unito: in questo caso, le corti non contestano il merito della decisione della Corte EDU ma fanno uso della tecnica del *distinguishing*. In altri casi, particolari ragioni possono giustificare un ribaltamento della presunzione di conformità alla giurisprudenza EDU e un rifiuto di seguire un precedente di Strasburgo, ciò che è più simile alla tecnica dell’*overruling*, utilizzata nella prassi delle corti di *common law*. Tra le circostanze che le corti hanno invocato per motivare il proprio “dissenso” figurano la scarsa chiarezza degli argomenti utilizzati dalla Corte EDU, il fatto che quest’ultima non abbia tenuto conto di argomenti o fattori rilevanti nella decisione del caso concreto, o l’esistenza di orientamenti contrastanti nella giurisprudenza di Strasburgo⁹⁹.

Nell’ordinamento giuridico tedesco, per contro, un obbligo di interpretazione conforme alle decisioni della Corte EDU non è previsto in legislazione ma, come accaduto in Italia, è stato introdotto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Nella sua nota sentenza del 2004 nel caso *Görgülü*, il Bundesverfassungsgericht ha costruito tale obbligo proprio nei termini di un “duty to take into account”. Nelle parole della Corte, “[t]ake into account’ means taking notice of the Convention provision as interpreted by the [European Court of Human Rights] and applying it to the case, provided the application does not violate prior-ranking law, in particular constitutional law. In any event, the Convention provision as interpreted by the [ECtHR] must be taken into account in making a decision; the court must at least duly consider it. Where the facts have changed in the meantime or in the case of a different fact situation, the courts will need to determine what, in the view of the [ECtHR], constituted the specific violation of the Convention and why a changed fact situation does not permit it to be applied to the case”¹⁰⁰.

La Corte costituzionale tedesca, in altri termini, ha stabilito che le decisioni della Corte EDU, se rilevanti, debbano almeno essere prese in considerazione

⁹⁷ *R. v. Horncastle and Others*, [2009] UKSC 14.

⁹⁸ *R. v. Special Adjudicator, ex parte Ullab*, [2004] UKHL 26, punto 20.

⁹⁹ Si veda, per una dettagliata analisi, A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, cit., p. 149-152, insieme con la giurisprudenza ivi citata.

¹⁰⁰ BVerfG, Order of the Second Senate of 14 October 2004, 2 BvR 1481/04, punto 62. La traduzione inglese ufficiale è disponibile all’indirizzo: www.bundesverfassungsgericht.de.

e che le corti interne debbano fornire adeguati argomenti di merito se intendono discostarsene¹⁰¹. Il passo citato, per esempio, fa espresso riferimento alla compressione di diritti fondamentali che si traduca in una violazione della Costituzione e alle tecniche di *distinguishing* basate su divergenze nelle circostanze di fatto. In un altro rilevante passo della sentenza, inoltre, la Corte ha menzionato la circostanza che nel processo davanti alla Corte EDU non sono solitamente rappresentati tutti i titolari di diritti e interessi rilevanti, lasciando intendere dunque che i giudici tedeschi debbano mantenere un'autonomia nell'operare il bilanciamento di diritti¹⁰². In questo caso, così come nella prassi delle corti britanniche, l'allontanamento da decisioni della Corte EDU è basato, come si vede, su argomenti di natura sostanziale e non meramente formale.

7. La necessità di un ripensamento sul fondamento dell'obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza EDU: l'abbandono della concezione gerarchico-formale

È opportuno sottolineare che molti elementi dell'approccio qui suggerito sono in realtà già riconosciuti e applicati nella giurisprudenza italiana. A ben vedere, è infatti molto frequente che i giudici italiani giustificano un allontanamento da un orientamento della Corte EDU invocando argomenti di natura sostanziale. Tali argomenti, tuttavia, convivono nella prassi con argomenti di natura meramente formale o gerarchica, che non sono al contrario riconducibili al meccanismo che qui si propone di adottare.

Si è già fatta menzione, nelle pagine precedenti, di alcuni casi rientranti nella prima categoria, nei quali cioè i giudici italiani, pur prendendo cognizione degli orientamenti espressi dalla Corte di Strasburgo, hanno giustificato un parziale o totale distacco da quegli argomenti con motivazioni relative al merito della questione. Tali motivazioni ricalcano spesso, in tutto o in parte, i modelli argomentativi descritti nel paragrafo precedente.

In primo luogo, alcune recenti sentenze della Corte costituzionale possono essere citate come esempi di applicazione, seppure tacita, del criterio della massima espansione delle tutele. Si consideri la sentenza n. 162/2014, con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa italiana

¹⁰¹ Cfr. A.L. PAULUS, *Germany*, in D. SLOSS, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 231-233.

¹⁰² BVerfG, 2 BvR 1481/04, cit., punto 59: "it is necessary for the national courts to evaluate the decision when taking it into account; in this process, account may also be taken of the fact that the individual application proceedings before the [ECtHR], in particular where the original proceedings were in civil law, possibly does not give a complete picture of the legal positions and interests involved. The only party to the proceedings before the [ECtHR] apart from the complainant is the State party affected; the possibility for third parties to take part in the application proceedings (see Article 36.2 of the European Convention on Human Rights) is not an institutional equivalent to the rights and duties as a party to proceedings or another person involved in the original national proceedings".

che vietava il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, nei casi in cui sia accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute. I giudici *a quo* avevano sollevato questione di costituzionalità in relazione a molteplici articoli della Costituzione, nonché al parametro interposto costituito dagli articoli 8 e 14 CEDU come interpretati dalla Grande Camera nella sentenza *S.H. c. Austria*¹⁰³. Pur prendendo in considerazione, come risulta dal testo della decisione, l'orientamento della Corte EDU, la Consulta si è limitata ad accogliere la questione basata sul parametro interno e ha ritenuto assorbite le censure sollevate in relazione alla giurisprudenza di Strasburgo¹⁰⁴. Un atteggiamento analogo era stato adottato dalla Corte nella sentenza n. 278/2013, in cui essa aveva analizzato (e sostanzialmente approvato) l'orientamento della Corte EDU nel caso *Godelli*, pervenendo però a una pronuncia di incostituzionalità basata solo su parametri di diritto interno¹⁰⁵. In entrambi i casi, è evidente che il diritto interno è stato ritenuto idoneo a garantire una tutela *almeno equivalente* a quella garantita nel sistema CEDU¹⁰⁶.

In secondo luogo, è frequente nella giurisprudenza italiana il richiamo alla possibilità di operare il bilanciamento dei diritti in modo autonomo dalla Corte EDU. La Consulta ha fatto ricorso a tecniche di bilanciamento per distaccarsi da un orientamento della Corte di Strasburgo nella già menzionata sentenza n. 264/2012. Benché questo esito non sia frequente nella prassi della Corte, essa ha tuttavia fatto riferimento in molteplici occasioni alla propria autonomia in sede di bilanciamento, pur senza ricorrere a tale tecnica nel caso concreto. Come ricordato in precedenza, già nella sentenza n. 348/2007 la Corte aveva richiamato, in termini generali, la necessità di un "ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione"¹⁰⁷.

In terzo luogo, anche la scarsa chiarezza o coerenza delle argomentazioni fatte proprie dal giudice sovranazionale è stata talvolta invocata per distaccarsi da un orientamento della Corte EDU. Basti a tal proposito menzionare la critica che la sentenza n. 49/2015 ha rivolto alla coerenza argomentativa della

¹⁰³ Corte EDU, 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria*, ricorso n. 57813/00.

¹⁰⁴ C. Cost. 10 giugno 2014, n. 162.

¹⁰⁵ C. Cost. 22 novembre 2013, n. 278. Per la citata decisione della Corte EDU, si veda la sentenza del 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, ricorso n. 33783/09.

¹⁰⁶ In questo senso cfr. G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, cit., p. 312-313. Per una lettura maggiormente critica, cfr. invece A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forum-costituzionale.it, 14 giugno 2014.

¹⁰⁷ C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348, punto 4.7 del "considerato in diritto".

sentenza *Varvara*, appena prima di volgere l'attenzione al concetto (formale) di "giurisprudenza consolidata"¹⁰⁸. Per contro, come già ricordato, i due argomenti di tipo sostanziale descritti in precedenza – ovvero massima espansione delle tutele e bilanciamento – non sono stati affatto menzionati nella sentenza n. 49.

Infine, anche le tecniche di *distinguishing* basate sulla diversità delle circostanze di fatto non sono ignote alla giurisprudenza italiana. Questo approccio riecheggia, per esempio, in un passaggio della sentenza n. 236/2011, nel quale la Corte costituzionale ha affermato che "[a]ncorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso *Scoppola* resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno"¹⁰⁹.

Come detto, però, accanto a questo catalogo di argomenti di natura sostanziale, convive nella giurisprudenza italiana una tendenza a fare affidamento su argomenti puramente formali o relativi alla gerarchia delle fonti interne nel determinare quale valore attribuire ai precedenti EDU. Ciò può spiegarsi in ragione del fatto che, a partire dalle "sentenze gemelle", l'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme è stato motivato dalla Corte costituzionale in termini di gerarchia delle fonti interne, come conseguenza cioè dell'elevazione della Convenzione (e della giurisprudenza EDU) a parametro di costituzionalità. Non stupisce, perciò, che anche la concezione gerarchico-formale del vincolo ermeneutico si manifesti nell'approccio delle corti italiane alla giurisprudenza di Strasburgo.

In particolare, tra le caratteristiche dell'attuale orientamento delle corti italiane già descritte nelle pagine che precedono, costituiscono chiare manifestazioni della concezione gerarchico-formale dell'interpretazione conforme i seguenti tre profili. (i) Il vincolo ermeneutico alla giurisprudenza della Corte europea vige solo nell'interpretazione della legge ordinaria e non della Costituzione. Solo la prima, infatti, è gerarchicamente subordinata al parametro interposto di costituzionalità; nell'interpretazione della seconda, invece, la CEDU e la giurisprudenza EDU possono – ma non debbono – venire in rilievo¹¹⁰. (ii)

¹⁰⁸ C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 6 del "considerato in diritto".

¹⁰⁹ C. Cost. 22 luglio 2011, n. 236, punto 12 del "considerato in diritto".

¹¹⁰ Per un esempio di utilizzo della giurisprudenza EDU nell'interpretazione della Costituzione si veda la già ricordata sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013 e il rilievo interpretativo in essa dato alla sentenza *Godelli*. Si noti anche, però, che la Corte costituzionale ha fornito direttive metodologiche che appaiono in qualche misura divergenti. Da un lato, nella ormai risalente sentenza C.

L'obbligo di interpretazione conforme vige solo nei riguardi delle decisioni della Corte EDU idonee a integrare il parametro interposto di costituzionalità, come chiarito dalla sentenza n. 49/2015. (iii) Nella misura in cui un orientamento della Corte EDU è considerato come norma interposta, resta sempre teoricamente possibile una sua pronuncia di incostituzionalità¹¹¹.

Per superare tali conseguenze della concezione gerarchico-formale dell'interpretazione conforme alla giurisprudenza EDU, la Corte costituzionale potrebbe considerare di operare un ripensamento sul fondamento teorico del vincolo ermeneutico in questione, traendo spunto dall'approccio adottato dalla Corte costituzionale tedesca nella citata sentenza *Görgülü*. In essa, l'obbligo di tenere in considerazione la giurisprudenza di Strasburgo è stato fatto dipendere non dalla superiorità di quest'ultima nella gerarchia delle fonti interne (nell'ordinamento tedesco, difatti, il rango gerarchico della CEDU è considerato pari a quello della legge ordinaria¹¹²) ma piuttosto dal principio di *Völkerrechtsfreundlichkeit*, ovvero di apertura verso l'ordinamento internazionale, che discende da una lettura sistematica delle disposizioni della Legge fondamentale che si occupano di diritto internazionale¹¹³. Non vi è dubbio che un simile *favor* per l'ordinamento internazionale informi anche la Costituzione italiana, la cui apertura verso il diritto internazionale si è peraltro ulteriormente ampliata in virtù del nuovo testo dell'art. 117, comma 1¹¹⁴.

Nella dottrina internazionalistica, del resto, si è da tempo riconosciuto che il canone dell'interpretazione conforme al diritto internazionale trova un proprio fondamento autonomo non nel carattere gerarchicamente sovraordinato

Cost. 22 ottobre 1999, n. 388, punto 2.1 del “considerato in diritto”, essa ha affermato che i diritti tutelati in Costituzione e quelli garantiti da convenzioni multilaterali “si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione”; con toni simili, la sentenza C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 349 ha affermato, al punto 6.1.2 del “considerato in diritto”, che la “peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, in considerazione del contenuto della medesima, [si traduce] nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione”. Dall'altro lato, in pronunce più recenti la Corte ha assunto una posizione apparentemente meno conciliativa, ponendo l'accento sul “predominio assiologico della Costituzione” sulla CEDU: si veda su tutte C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 4 del “considerato in diritto”.

¹¹¹ Nel senso che considerare alla stregua di parametro interposto di legittimità costituzionale un diritto di origine giurisprudenziale, i cui principi sono formulati in stretta relazione al caso concreto e sono soggetti a evoluzione e mutamento, presenti non poche difficoltà di ordine pratico, si vedano E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali*, cit., p. 55; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, cit., p. 203.

¹¹² A.L. PAULUS, *Germany*, cit., p. 228.

¹¹³ BVerfG, 2 BvR 1481/04, cit., punto 33. La Corte cita, in particolare, il Preambolo, gli artt. 23-26 e l'art. 59 del *Grundgesetz*.

¹¹⁴ F.M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 163.

delle norme internazionali recepite nel diritto interno, ma nell'esigenza prettamente normativa di evitare, per quanto istituzionalmente possibile per le corti interne, che lo stato incorra in responsabilità per violazione di obblighi internazionali. La sua *ratio* non è quindi sovrapponibile all'interpretazione conforme a Costituzione, che è sempre sostenuta da una sovraordinazione gerarchica¹¹⁵. Questa concezione – che si potrebbe definire “assiologica” – del canone dell'interpretazione conforme può essere ricollegata, in termini più generali, a quegli indirizzi di teoria dell'interpretazione giuridica che riconoscono in alcuni canoni ermeneutici (a volte definiti “canoni normativi”) degli strumenti volti al perseguimento di principi e valori esterni al testo da interpretare e propri, invece, dell'ordinamento nel suo complesso¹¹⁶.

L'adozione di una concezione assiologica, e non gerarchica, dell'obbligo di interpretazione conforme sarebbe idonea a fornire una adeguata base giuridica a un vincolo ermeneutico attenuato, di natura procedurale, alla giurisprudenza della Corte EDU. Ciò consentirebbe anche di superare le caratteristiche dell'orientamento attuale che, come descritto in precedenza, tradiscono il suo fondamento gerarchico-formale.

Alcune conseguenze di questo approccio sono già state ampiamente descritte in precedenza: si tratta, in particolare, del fatto che valore ermeneutico sarebbe attribuito a tutta la giurisprudenza EDU, e che un allontanamento da

¹¹⁵ In questo senso si veda, nella dottrina italiana, E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli, 2015, p. 3 ss. Nella dottrina in lingua inglese cfr., *ex multis*, A. NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 139, che afferma che “[c]onsistent interpretation is a technique to ensure performance of international obligations”; e, con riferimento all'utilizzo del c.d. canone *Charming Betsy* nella giurisprudenza statunitense, R.G. STEINHARDT, *The Role of International Law As a Canon of Domestic Statutory Construction*, in *Vanderbilt Law Review*, 1990, p. 1103 ss., secondo il quale (p. 1128) “The *Charming Betsy* principle places the courts of the United States in a position of oversight to avoid the possibility of international liability for the country as a whole”.

¹¹⁶ La distinzione tra canoni ermeneutici “descrittivi” e “normativi” si rinviene in S.F. ROSS, *Where Have You Gone, Karl Llewellyn? Should Congress Turn Its Lonely Eyes to You?*, in *Vanderbilt Law Review*, 1992, p. 561 ss., particolarmente p. 563-566. L'autore definisce i primi come “principles that involve predictions as to what the legislature must have meant, or probably meant, by employing particular statutory language [...]”, per esempio “[r]ules of syntax or grammar, principles that statutory provisions should be read to avoid internal inconsistency [...]”. I canoni normativi, al contrario, “direct courts to construe any ambiguity in a particular way in order to further some policy objective”. Questa concezione in merito alla natura dei canoni ermeneutici è piuttosto diffusa nella dottrina statunitense. Il lavoro seminale in materia è probabilmente W.N. ESKRIDGE, *Public Values in Statutory Interpretation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1989, p. 1007 ss. Si veda anche, per una applicazione di tale teoria ai principali canoni ermeneutici utilizzati nella giurisprudenza statunitense, A.C. BARRETT, *Substantive Canons and Faithful Agency*, in *Boston University Law Review*, 2010, p. 109 ss.

un orientamento della Corte europea potrebbe essere motivato solo con argomentazioni di natura sostanziale. Vi sarebbero, tuttavia, anche altre possibili conseguenze pratiche rilevanti. Innanzitutto, l'obbligo di considerare la giurisprudenza di Strasburgo, non più confinato alle norme interne gerarchicamente subordinate alla norma-parametro, potrebbe estendersi anche all'interpretazione dei diritti costituzionali. A questa conclusione è pervenuta la Corte costituzionale tedesca in *Görgülü*¹¹⁷. Sempre il Bundesverfassungsgericht, inoltre, ha affermato che il mancato rispetto, da parte di un giudice tedesco, dell'obbligo di prendere in considerazione la giurisprudenza EDU rilevante possa costituire un autonomo motivo di ricorso¹¹⁸; tale modello potrebbe senza difficoltà essere replicato anche in Italia. Cesserebbe infine di essere possibile una declaratoria di incostituzionalità di un orientamento della Corte EDU.

È infine opportuno sottolineare che questa impostazione non preclude la possibilità di ricorrere all'incidente di costituzionalità per espungere, se necessario, una norma interna che si ponga strutturalmente in contrasto con il diritto convenzionale. I due profili operano su piani diversi. Il "taking into account" costituisce, per il giudice interno, un criterio guida per stabilire se ed entro quali limiti occorra adeguarsi a un orientamento della Corte EDU. Qualora il giudice concluda in tal senso, è ben possibile che un intervento della Corte costituzionale si riveli, nel caso concreto, come l'unico modo per assicurare una piena conformità dell'ordinamento interno alla Convenzione europea come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Resterebbe allora possibile per il giudice italiano sollevare l'incidente di costituzionalità in virtù della sovraordinazione gerarchica della Convenzione (e solo di essa) rispetto alla legge ordinaria.

8. Conclusioni

In conclusione, è utile ripercorrere i due principali argomenti avanzati da questo articolo in merito al valore che potrebbe essere riconosciuto alla giurisprudenza della Corte EDU nei giudizi davanti alle corti italiane.

Il primo argomento è che l'approccio del giudice nazionale a tale giurisprudenza potrebbe essere ricostruito nei termini di un obbligo di prendere in considerazione, ovvero di un vincolo, in principio, puramente procedurale. Così configurato, l'obbligo in questione istituisce una presunzione in favore del rispetto delle decisioni della Corte europea: il giudice nazionale dovrà in ogni caso prendere cognizione delle decisioni EDU rilevanti, ma, a eccezione dell'ambito di vincolatività ex art. 46 CEDU, potrà discostarsene facendo leva su argomenti di tipo sostanziale che tendano al raggiungimento della soluzione

¹¹⁷ BVerfG, 2 BvR 1481/04, cit., punto 30(1): "In the German legal system, the European Convention on Human Rights has the status of a federal statute, and it must be taken into account in the interpretation of domestic law, including fundamental rights and constitutional guarantees".

¹¹⁸ *Ibid.*, punto 30(4).

più giusta nel caso concreto. Nella prassi britannica – la quale, si è sostenuto, costituisce un modello a cui ispirarsi – tali argomenti possono essere distinti in due gruppi, rispettivamente affini alle tecniche del *distinguishing* e dell'*overruling*. Nel primo caso il giudice non contesta il merito della decisione della Corte europea ma fa leva su una diversità delle circostanze di fatto. Nel secondo caso, invece, il giudice dissente espressamente da un precedente di Strasburgo invocando, per esempio, una scarsa chiarezza o incoerenza nella sua argomentazione, l'esistenza di orientamenti contrastanti nella stessa giurisprudenza EDU, oppure la necessità di operare un diverso bilanciamento di diritti e interessi.

Il secondo argomento è che, sebbene molti elementi di questo approccio siano già presenti nella prassi dei giudici italiani, una sua piena realizzazione rende necessario un ripensamento intorno al fondamento dell'obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza di Strasburgo. Accanto a un ampio catalogo di argomenti di natura sostanziale, infatti, esiste una consolidata tendenza della giurisprudenza italiana a determinare il valore interno della giurisprudenza EDU anche mediante criteri puramente formali o relativi alla gerarchia delle fonti interne. Questo non può stupire, se si pensa che, fin dalle “sentenze gemelle”, la Corte costituzionale ha motivato l'obbligo di interpretazione conforme in termini gerarchico-formali, come conseguenza dell'elevazione della Convenzione (e della giurisprudenza EDU) a parametro di costituzionalità.

Un utile spunto per il superamento della concezione gerarchico-formale dell'obbligo di interpretazione conforme viene dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, che nel caso *Görgülü* ha stabilito, per l'appunto, un obbligo di prendere in considerazione la giurisprudenza EDU in capo ai giudici tedeschi. Nel fare ciò, essa è ricorsa ad argomenti di natura non gerarchica (avendo la Convenzione rango di legge ordinaria nell'ordinamento tedesco) ma assiologica, in virtù del noto principio dell'apertura della Legge fondamentale tedesca al diritto internazionale (*Völkerrechtsfreundlichkeit*). Questo modello si presta a essere replicato in Italia, perché nella Costituzione italiana è senza dubbio riscontrabile una analoga apertura verso l'ordinamento internazionale.

Si è mostrato come questo approccio presenti numerosi vantaggi. Da un lato, esso è in grado di contemperare le opposte esigenze di assicurare sia il tendenziale rispetto della giurisprudenza EDU (al di fuori della sua vincolatività *inter partes*) nell'ordinamento interno, sia l'autonomia dei giudici statali che, entro qualche misura, lo stesso sistema CEDU prefigura. Dall'altro lato, questo meccanismo è quello che ha le maggiori chances di innescare fenomeni di dialogo e di indurre a un ripensamento la Corte europea, un risultato che sembra improbabile ottenere avanzando argomenti formalistici e incardinati sulla prevalenza gerarchica del diritto interno sulla Convenzione europea.