



Vol. V, fasc. 1/2016

Data di pubblicazione: 1° giugno 2016

## **Gli adattamenti costituzionali attraverso il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo**

di

Cesare Pinelli\*

SOMMARIO: 1. Un punto di partenza. 2. Problemi sistemici. 2.1. Ragionevole durata del processo. 2.2. Sovraffollamento carcerario. 3. Problemi non sistemici. 3.1. Commisurazione dell'indennità di espropriazione. 3.2. Revocazione del giudicato per conformare l'ordinamento a sentenze definitive della Corte EDU. 3.3. Autodichia. 3.4. Insindacabilità delle opinioni dei parlamentari. 4. Enunciazioni generali della Corte costituzionale sui ruoli delle due Corti. 5. Divergenze sulla funzione della legge e della giurisprudenza.

### **1. Un punto di partenza**

A distanza di un decennio dalla svolta della Corte costituzionale sul trattamento giurisdizionale delle leggi confliggenti con la CEDU (sentt. nn. 348 e 349 del 2007), è tempo di bilanci circa gli “adattamenti costituzionali” al diritto convenzionale come interpretato dalla Corte EDU, adattamenti realizzabili dalla giurisprudenza, con legge ordinaria e persino con legge costituzionale, con le ovvie relative differenze.

Il criterio che ho scelto per esporne gli andamenti corrisponde all'esigenza di “massima espansione delle garanzie”, enunciata dalla Corte costituzionale nella sent.n. 317 del 2009:

“Con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, si arriva

---

\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università “La Sapienza” di Roma.

facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale”.

Conseguentemente “il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti”. L'ipotesi di garanzie convenzionali dei diritti non esplicitamente contemplate dalla Costituzione diventa così la condizione per attivare il meccanismo forgiato dalle sentenze del 2007 per adeguare l'ordinamento nazionale alla CEDU, purché si rispetti, come la stessa Corte si premura di ricordare, “il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali”.

Se il punto di partenza è semplice da enunciare, tutt'altro che semplice è ricostruire, anche procedendo in via esemplificativa, gli adattamenti costituzionali realizzati muovendo dall'esigenza della “massima espansione delle garanzie”. Possono esservi, intanto, difficoltà sistemiche relative allo stato della giustizia in Italia: qui cercherò di verificare come la Corte EDU, la Corte costituzionale e il Parlamento hanno affrontato, interagendo variamente fra loro, in ordine a due macro-questioni quali la durata eccessiva dei processi e il sovraffollamento carcerario. In altri gruppi di casi, come i criteri dell'equo indennizzo,

la reversibilità del giudicato al fine di conformare l'ordinamento alle sentenze di Strasburgo, l'autodichia e l'insindacabilità dei parlamentari, gli adattamenti al diritto convenzionale si realizzano in varie forme, direttamente o indirettamente, con bilanciamenti dichiaratamente o meno derivanti dal diritto convenzionale, sotto la spinta o meno della giurisprudenza ordinaria. Infine la "massima espansione delle garanzie" può rivelarsi destinata a restare controversa quando riflette concezioni alternative della legalità e del diritto.

## **2. Problemi sistemici.**

Gli adattamenti alla giurisprudenza di Strasburgo seguono percorsi molto diversi. Certe volte rivelano un massimo di estraneità fra le istituzioni chiamate a realizzarli, altre volte si intrecciano virtuosamente; talvolta rivelano comunque una capacità reattiva di fronte alle sfide della giurisprudenza CEDU, e in altri casi urtano contro difficoltà sistemiche a loro volta suscettibili di diverse valutazioni.

### **2.1. Ragionevole durata del processo.**

Il caso più noto di difficoltà sistemiche riguarda la durata media dei nostri processi, che già negli anni Novanta superava ogni ragionevole soglia. Il costante accoglimento dei sempre più frequenti ricorsi a Strasburgo era parso allora a un autorevole giurista il sintomo di un "general breakdown of the judicial system", tale da suggerirgli l'ipotesi provocatoria di "un'Europa a due velocità" nel campo dei diritti, con l'Italia e la Turchia nella cerchia degli Stati a integrazione rallentata<sup>1</sup>.

Su questo sfondo va letto l'apice ineguagliato di estraneità reciproca fra Corte costituzionale e Parlamento che si ebbe nel 1999, quando la Corte respinse la questione di legittimità di una norma processuale per violazione del principio di ragionevole durata del processo osservando fra l'altro "che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni

---

<sup>1</sup> C.Tomuschat, *Quo Vadis, Argentoratum? The Success Story of the European Convention on Human Rights – and a Few Dark Stains*, in *Human Rights Law Journal*, 1992, vol. 13, nn. 11-12, 406.

universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 Cost., sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona, ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione" (sent. 388 del 1999). A distanza di venti giorni veniva approvato il nuovo testo dell'art. 111 Cost. recante una serie di principi sul giusto processo fra cui la sua ragionevole durata (l.cost. n. 2 del 1999). Dal lato della Corte, la fiducia nella propria capacità di governare i flussi di eterointegrazione di contenuti normativi mobilitando le sole risorse dell'interpretazione, anche per via di una ancora "limitata" incidenza del diritto convenzionale<sup>2</sup>, si spingeva al punto da ignorare una revisione costituzionale ormai quasi certa. A sua volta il Parlamento, se per un verso si proponeva di troncare in via di revisione un noto conflitto insorto con la Corte costituzionale a proposito della possibilità di provare la colpevolezza dell'imputato sulla base di dichiarazioni rese da chi si sia volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore, per l'altro presupponeva che la Costituzione del 1948 richiedesse almeno una robusta integrazione circa i principi del giusto processo in vista di un corrispondente adattamento all'art 6 CEDU.

Questa estraneità reciproca finirà tuttavia col ricomporsi non solo sul primo punto, ma anche sul tema della ragionevole durata del processo, con l'approvazione della l.n. 89 del 2001 (legge Pinto) e una giurisprudenza costituzionale che solo di rado ha fatto ricorso in materia a *strict scrutinies*, preferendo la deferenza verso le scelte legislative<sup>3</sup>. Casomai c'è da aggiungere che la tesi secondo cui la riserva di legge dettata in materia dall'art. 111 Cost. si risolverebbe in un'assonanza "solo letterale" con l'art. 6 CEDU, non configurando un diritto ma un interesse dello Stato "a che lo svolgimento del procedimento giudiziario non sia reso inutile da un suo eccessivo quanto indefinito dipanarsi, dispendioso e soprattutto improduttivo"<sup>4</sup>, oltre a ridurre la situazione soggettiva coinvolta a un diritto

---

<sup>2</sup> A.Pace, *La limitata incidenza della C.e.d.u. sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Diritto pubblico*, 2001, 1 ss.

<sup>3</sup> G.Sorrenti, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, 231.

<sup>4</sup> G.Sorrenti, *Giustizia e processo*, cit., 206 ss.

riflesso di jellinekiana memoria, finisce col legittimare la deferenza della Corte verso il legislatore.

Che il profilo soggettivo della garanzia non possa venire liquidato in base a un'alternativa tanto secca, è dimostrato dalla Corte EDU, che ha dichiarato irricevibili i ricorsi proposti successivamente alla data di entrata in vigore della legge Pinto, che riconosce il diritto a un'equa riparazione a chi abbia subito un danno per effetto del mancato rispetto del termine ragionevole, sulla premessa che la legge fosse in grado di soddisfare il diritto alla durata ragionevole del processo ex art. 6 CEDU (*Brusco c. Italie*, sez. II, 6 settembre 2001). Più di recente la Corte ha condannato l'Italia per violazione del diritto alla ragionevole durata del processo in sede di applicazione della legge Pinto (*Simaldone c. Italie*, sez. II, 31 marzo 2009). Ma è evidente che, quando le difficoltà sistemiche coinvolgono l'intero assetto della giustizia, una sentenza-pilota della Corte EDU potrebbe risultare efficace a costo di un'ingerenza troppo elevata per un qualsiasi giudice.

## **2.2. Sovraffollamento carcerario.**

Nonostante il loro carattere sistemico, anche se di portata minore, le accertate violazioni dell'art. 3 CEDU da parte dell'Italia dovute al sovraffollamento carcerario hanno dato vita a una vicenda molto diversa.

In *Torreggiani e altri c. Italia* (8 gennaio 2013) la Corte di Strasburgo ha adottato una sentenza-pilota in applicazione dell'art. 61 del proprio Regolamento, entrato in vigore il 21 febbraio 2011, dopo aver desunto il carattere strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario in Italia da dati statistici nonché dalla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale proclamata dal presidente del Consiglio dei ministri nel 2010 (§§ 23-29), con la conseguenza che "la violazione del diritto dei ricorrenti di beneficiare di condizioni detentive adeguate non è la conseguenza di episodi isolati, ma trae origine da un problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano, che ha interessato e può interessare ancora in futuro numerose persone. Secondo la Corte, la situazione constatata nel caso di specie è, pertanto, costitutiva di una prassi incompatibile con la Convenzione" (§ 88). Venivano quindi

raccomandate, sulla scorta di indicazioni già suggerite dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, "una maggiore applicazione di misure punitive non private della libertà" e un riorientamento della politica penale "verso il minimo ricorso alla carcerazione" (§ 95).

Con decisioni del 25 settembre 2014, *Stella e altri c. Italia* e *Rexhepi e altri c. Italia*, la Corte EDU ha registrato con favore le misure legislative volte a diminuire la popolazione detenuta tramite l'ampliamento delle misure alternative al carcere, nonché il superamento della distinzione tra droghe leggere e pesanti, con conseguente eliminazione delle pesanti sanzioni previsto per le seconde, prodotto dalla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, e ha pertanto dichiarato irricevibili ricorsi promossi da detenuti nelle carceri italiane per violazione dell'art. 3 CEDU per non esser stati esperiti i rimedi recentemente introdotti per riparare, in via preventiva o compensativa, alle violazioni dei diritti fondamentali derivanti da condizioni di sovraffollamento. Più di recente l'impatto positivo della sentenza *Torreggiani* sullo stato di sovraffollamento carcerario in Italia è stato annoverato fra le giustificazioni dell'adozione di una sentenza-pilota di analogo tenore nei confronti dell'Ungheria (*Varga e altri c. Ungheria*, sez. II, 10 marzo 2015).

E' appena necessario aggiungere che, a differenza dei contrasti interpretativi circa i margini di assimilabilità del principio di durata ragionevole del processo come introdotto nell'art. 111 Cost. alla formulazione dell'art. 6 CEDU, le situazioni di sovraffollamento carcerario urtano contro il divieto costituzionale di "trattamenti contrari al senso di umanità" (art. 27) non meno che contro il divieto di "pene o trattamenti inumani o degradanti" (art. 3 CEDU). Una tale coincidenza dimostra come la "massima espansione delle garanzie" sia stata raggiunta nella specie attraverso il contributo primario della Corte di Strasburgo<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Un'analogia coincidenza potrebbe configurarsi a proposito del divieto di tortura fra l'art. 13, quinto comma, Cost. e l'art. 3 CEDU. Ricordo che in *Cestaro c. Italia* del 7 aprile 2015, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato la

violazione da parte della Repubblica italiana del divieto di tortura in riferimento ai fatti occorsi nel 2001 nella Caserma Diaz di Genova, e ha ritenuto la legislazione vigente "inadeguata" a reprimere fatti classificabili come "tortura", invitando altresì l'Italia ad introdurre tale reato anche a seguito dell'adesione

### 3. Problemi non sistemici.

Indicherò di seguito alcuni dei tanti gruppi di casi nei quali l'adattamento al diritto convenzionale non ha alle spalle problemi sistemici dell'ordinamento italiano<sup>6</sup>.

#### 3.1. Commisurazione dell'indennità di espropriazione.

Il primo fu definito dalle celebri "sentenze gemelle" del 2007, anche se con ordini argomentativi non coincidenti. Per ridurre al minimo la divergenza interpretativa con Strasburgo sulla commisurazione dell'indennizzo di espropriazione al valore venale, la sent.n. 348 fa leva sul rilievo che la giurisprudenza pregressa della Corte aveva giustificato l'abbandono del criterio del valore venale solo per via del carattere temporaneo della normativa impugnata e sulla sostanziale coincidenza del concetto di "serio ristoro" con il "ragionevole legame" col valore venale richiesto dalla Corte EDU. Subito dopo la Corte, richiamato il limite della funzione sociale della proprietà, precisa:

"Valuterà il legislatore se l'equilibrio tra l'interesse individuale dei proprietari e la funzione sociale della proprietà debba essere fisso e uniforme, oppure, in conformità all'orientamento della Corte europea, debba essere realizzato in modo differenziato, in rapporto alla qualità dei fini di utilità pubblica perseguiti. Certamente non sono assimilabili singoli espropri per finalità limitate a piani di esproprio volti a rendere possibili interventi programmati di riforma economica o migliori condizioni di giustizia sociale. Infatti, l'eccessivo livello della spesa per espropriazioni renderebbe impossibili o troppo onerose iniziative di questo tipo; tale effetto non deriverebbe invece da una

---

alla Convenzione contro la tortura delle Nazioni Unite adottata nel 1984 e ratificata dall'Italia nel 1988. L'invito non è stato ancora raccolto, per ragioni che cominciano a diventare inquietanti.

<sup>6</sup> Sempre muovendo dall'esigenza di "massima espansione delle garanzie", G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, il Mulino, Bologna 2015, 80 e 92, ha di recente preso in considerazione casi ulteriori rispetto a quelli qui segnalati: i limiti di protezione del diritto all'anonimato della madre naturale di un figlio adottato da un'altra (Corte cost.n. 278 del 2013), che sarebbe stata notevolmente influenzata, pur senza dirlo, dalla sentenza della Corte EDU *Godelli c. Italia* del 25 settembre 2012, e il diritto dell'imputato che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento a vedersi restituito il termine per impugnare la sentenza contumaciale (Corte cost.n. 317 del 2009), questa volta esplicitamente decisa sulla scorta di un'ampia giurisprudenza di Strasburgo sulla normativa italiana sul diritto del contumace e nella quale si enuncia non a caso il canone della "massima espansione delle garanzie".

riparazione, ancorché più consistente, per gli «espropri isolati», di cui parla la Corte di Strasburgo. Esiste la possibilità di arrivare ad un giusto mezzo, che possa rientrare in quel «margine di apprezzamento», all'interno del quale è legittimo, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che il singolo Stato si discosti dagli standard previsti in via generale dalle norme CEDU, così come interpretate dalle decisioni della stessa Corte".

Pur riferendosi alla diversa disciplina dell'occupazione acquisitiva, la sentenza n. 349 appare invece intenzionata ad adeguarsi molto più direttamente ed esplicitamente all'indirizzo di Strasburgo: "Il bilanciamento svolto in passato con riferimento ad altri parametri costituzionali deve essere ora operato, pertanto, tenendo conto della sopra indicata rilevanza degli obblighi internazionali assunti dallo Stato, e cioè della regola stabilita dal citato art. 1 del Protocollo addizionale, così come attualmente interpretato dalla Corte europea". Una volta ritenuto "il contrasto, insanabile in via interpretativa", con quel parametro, la Corte passa ad esaminare se la norma convenzionale contrasti con l'art. 42, cosa che viene esclusa con l'argomento che "il giusto equilibrio tra interesse pubblico ed interesse privato non può ritenersi soddisfatto da una disciplina che permette alla pubblica amministrazione di acquisire un bene in difformità dallo schema legale e di conservare l'opera pubblica realizzata, senza che almeno il danno cagionato, corrispondente al valore di mercato del bene, sia integralmente risarcito".

Come si vede, fin dall'inizio si prospettavano due modi molto diversi di strutturare il sindacato sulla legittimità delle leggi impugnate per violazione del diritto convenzionale. Il primo avvolgente, e più attento alla perdurante supremazia di tutta la Costituzione sulla CEDU (e non dei soli principi supremi sul diritto UE direttamente applicabile), l'altro seccamente impostato sul doppio binario eventuale contrasto della norma impugnata con il diritto convenzionale (e l'art. 117, primo comma)/eventuale contrasto di quest'ultimo con la Costituzione. Come sappiamo, nel decennio che ci separa da quelle storiche pronunce la giurisprudenza si orienterà nella prima direzione, pur senza sacrificare gli adattamenti ritenuti indispensabili.

### **3.2. Revocazione del giudicato per conformare l'ordinamento a sentenze definitive della Corte EDU.**

Di adattamenti costituzionali si può parlare solo in via mediata con riguardo alla revisione della sentenza penale di condanna al fine di consentire la riapertura del processo resa necessaria da una sentenza definitiva della Corte EDU *ex art. 46 CEDU*, stabilita con sentenza n. 113 del 2011. Con sent.n. 129 del 2008, infatti, la Corte costituzionale aveva respinto una questione volta ad estendere all'ipotesi considerata lo specifico caso di revisione previsto dall'art. 630 cod.proc.pen., che era stata sollevata con riguardo a parametri diversi dall'art. 117, primo comma (artt. 3, 10 e 27 Cost.). Solo in presenza di un invocato contrasto con l'art. 117, primo comma, può dunque determinarsi l'illegittimità dell'art. 630 cod.proc.pen. con la giurisprudenza di Strasburgo secondo cui l'obbligo degli Stati contraenti di conformarsi alle proprie sentenze definitive comporta anche l'impegno a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum* in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo. Solo allora la Corte può affermare, nella pronuncia del 2011, che "Tale interpretazione non può ritenersi contrastante con le conferenti tutele offerte dalla Costituzione. In particolare – pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata – non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza – quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso – delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost."

E' altresì da ricordare che, con ordinanza 4 marzo 2015, n. 2, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle disposizioni del codice del processo amministrativo e di quelle processualcivilistiche in quanto richiamate dalle prime, nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte

EDU ex art. 46 CEDU. L'ordinanza si fonda ovviamente sulla esigenza di adeguare tali disposizioni a quanto disposto con sent.n. 113 del 2011; ma la risposta della Corte costituzionale potrebbe essere meno scontata di quanto appaia a prima vista, considerato che solo in via eccezionale, al di fuori dell'ambito penale, la Corte EDU ha ritenuto di dover richiedere la riapertura del processo, e solo quando gli ordinamenti degli Stati membri già prevedessero tale possibilità<sup>7</sup>.

### **3.3. Autodichia.**

In tema di autodichia parlamentare, è da segnalare che, in *Savino e altri c. Italia* del 28 aprile 2009, la Corte di Strasburgo ha censurato le modalità di composizione della Sezione giurisdizionale, i cui membri erano scelti tra i deputati facenti parte dell'Ufficio di presidenza, competente su plurime questioni amministrative, ivi comprese quelle relative all'organizzazione dei concorsi per il reclutamento del personale. Pertanto, i ricorsi proposti dinnanzi la Sezione giurisdizionale finivano per avere ad oggetto atti con ogni probabilità adottati dall'Ufficio di presidenza. Pur accogliendo tale ultima censura e condannando l'Italia per violazione dell'evocato parametro convenzionale, la Corte EDU non ha posto in discussione l'istituto dell'autodichia in sé, quanto le modalità di composizione degli organi di giustizia domestica della Camera (nella specie, della Sezione giurisdizionale), per difetto del requisito di imparzialità oggettiva. Invero, la circostanza che «l'organo amministrativo con competenze simili a quelle dell'Ufficio di presidenza sia lo stesso organo giurisdizionale competente a decidere ogni contenzioso amministrativo può essere sufficiente a far sorgere dubbi in merito all'imparzialità dell'organo giurisdizionale così formato». Il presupposto di *Savino* è infatti che «tribunale» sia non soltanto una giurisdizione di tipo classico, ma qualsiasi autorità cui compete decidere, sulla base di norme di diritto, con pienezza di giurisdizione e a conclusione di una

---

<sup>7</sup> S.L.Vitale, *Revocazione del giudicato civile e amministrativo per violazione della Cedu? Il Consiglio di Stato porta la questione alla Corte costituzionale*, in *Corriere giuridico*, 11/2015, 1433.

procedura organizzata, su qualsiasi questione di sua competenza, adottando una decisione vincolante, non modificabile da un organo non giurisdizionale.

Con ordinanza del 6 maggio 2013, la Corte di Cassazione SS.UU. sollevava conflitto di attribuzione nei confronti del Senato in riferimento all'art. 12 del Regolamento nella parte in cui attribuisce al Senato il potere di giudicare in via esclusiva e definitiva i ricorsi avverso gli atti e i provvedimenti adottati dall'amministrazione di quel ramo del Parlamento nei confronti dei propri dipendenti, adducendo la violazione, fra gli altri, del diritto a un giudice terzo e imparziale *ex art. 111 Cost.* La questione è stata definita dalla Corte costituzionale con la notissima sent.n. 120 del 2014. E' stato giustamente rilevato il collegamento fra *Savino* e quella decisione, con cui la Corte ha consapevolmente aperto una breccia nel proprio costante indirizzo sull'insindacabilità dei regolamenti parlamentari per la via del conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato<sup>8</sup>. Tanto più perché, anche se la sentenza della Corte EDU non viene richiamata, fra gli argomenti adottati la Corte richiama la giurisprudenza di Strasburgo, oltre a quella propria, sul criterio di stretta interpretazione dell'insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari onde "limitare l'impedimento all'accesso al giudice da parte di chi si ritenga danneggiato", soggiungendo che "Il rispetto dei diritti fondamentali, tra i quali il diritto di accesso alla giustizia (art. 24 Cost.), così come l'attuazione di principi inderogabili (art. 108 Cost.), sono assicurati dalla funzione di garanzia assegnata alla Corte costituzionale. La sede naturale in cui trovano soluzione le questioni relative alla delimitazione degli ambiti di competenza riservati è quella del conflitto fra i poteri dello Stato" (sent.n. 120 del 2014).

### **3.4. Insindacabilità delle opinioni dei parlamentari.**

A proposito di autodichia, le limitazioni (non "l'abbattimento") dell'"antico feticcio" hanno seguito, e potranno seguire, l'andamento abbastanza lineare che abbiamo appena visto anche su impulso di Strasburgo. Lo stesso non può dirsi delle insindacabilità

---

<sup>8</sup> G.A.Ferro, *Autodichia parlamentare e camouflage dei conflitti interorganici (all'ombra della CEDU)*, in *Rivista AIC* 2015, n. 3.

parlamentari, nonostante i richiami appena riportati della sentenza del 2014 alla giurisprudenza della Corte EDU.

Le pronunce *Cordova c. Italia* n. 1 del 26 marzo 1998, *Cordova c. Italia* n. 2 del 31 ottobre 1998, *De Jorio c. Italia*, del 3 giugno 2004, *CGIL e Cofferati c. Italia* n. 1 del 24 febbraio 2009 e *Cofferati e CGIL c. Italia* n. 2 del 6 aprile 2010, rivelano una stessa sequenza, basata su un test di proporzionalità per cui 1) “l’ingerenza dello Stato”, ossia la restrizione del diritto a un giudice ex art. 6 CEDU, consistente nell’insindacabilità ex art. 68 comma 1 Cost., “persegue scopi legittimi, ossia la tutela del libero dibattito parlamentare e lo scopo di mantenere la separazione dei poteri legislativo e giudiziario”, poi si chiede 2) se tale interferenza sia proporzionata allo scopo, e, dopo aver precisato che non spetta alla Corte di Strasburgo “rivedere la legge e la prassi pertinenti in abstracto” o “prendere il posto dei giudici nazionali”, bensì verificare se gli effetti dell’interpretazione delle norme nazionali siano compatibili con la Convenzione, adopera un criterio di valutazione fondato sull’“evidente connessione” delle dichiarazioni rese dal parlamentare con l’esercizio della sua funzione, palesemente più restrittivo del “nesso funzionale” richiesto dalla Corte costituzionale.

E’ facile che la Corte giunga così a dichiarare la incompatibilità con l’art. 6 CEDU dell’“ingerenza”, naturalmente senza curarsi di eventuali pronunce di inammissibilità del ricorso per conflitto di attribuzione rese dalla Corte costituzionale per motivi procedurali. Ciò che maggiormente colpisce dell’indirizzo in questione è da un lato la configurazione della stessa immunità parlamentare come “ingerenza dello Stato” nella strutturazione del test di proporzionalità, che riflette una visione radicalmente diversa da quella ricavabile dall’interpretazione costituzionale, e su cui avremo modo di soffermarci più avanti, dall’altro, il fatto che, muovendo da quella diversa premessa, la Corte EDU finisca col ripercorrere l’*iter* argomentativo dei giudizi sui conflitti di attribuzione, nonostante la costante dichiarazione di non voler “prendere il posto dei giudici nazionali”.

Lo dimostra un’opinione dissenziente di *Cofferati*, in cui i due giudici osservano che, a differenza del caso *De Jorio*, la questione non si risolve in una disputa fra privati ma

riveste un rilevante significato politico, coinvolgendo uno dei maggiori sindacati italiani, e soprattutto che

“In una società moderna in cui regna la comunicazione di massa, le funzioni parlamentari e la presa di parola legata a tali funzioni non possono essere limitate alle dichiarazioni rese in seno al Parlamento; esse sono strettamente legate alle affermazioni rilasciate ai media in merito al dibattito parlamentare. Tale dibattito non concerne unicamente altri deputati ma anche l’opinione pubblica nel suo complesso. Nel caso di specie, l’intervista concessa al quotidiano faceva parte di un dibattito parlamentare più ampio e, in virtù di ciò, era legata ad esso *stricto sensu*. Consentire i procedimenti penali e civili contro i deputati significherebbe accettare tutto l’effetto inibitore che tali procedimenti inevitabilmente hanno sul discorso politico. Anche se in fin dei conti l’autore delle dichiarazioni controverse viene assolto o comunque vince il processo, le spese di giustizia, il tempo trascorso ed altri obblighi avranno nel frattempo ostacolato un vero e proprio dibattito. Se non si tutela l’irresponsabilità dei principali eletti politici per le loro affermazioni, è l’essenza stessa del discorso politico ad essere posta in gioco. La tutela dell’articolo 10 della Convenzione perde di effettività se applicata a posteriori, dopo un lungo procedimento. Anche l’immunità assoluta dei deputati è stata giudicata legittima, in quanto consente a questi di partecipare in modo costruttivo ai dibattiti parlamentari e di rappresentare i loro elettori su questioni di interesse pubblico formulando liberamente i loro discorsi o le loro opinioni, senza rischio di essere perseguiti dinanzi ad un giudice o ad un’altra autorità (si veda, in particolare, A. c. Regno Unito, n. 35373/97, § 75, CEDU 2002 X)”.

Come si vede, i giudici dissenzienti ponevano in discussione l’intero approccio seguito dalla maggioranza anche al di là del caso. La loro rilettura dell’insindacabilità non riflette solo l’esigenza di rileggere l’insindacabilità in un contesto comunicativo così diverso da quello in cui l’istituto era sorto, ma un ripensamento dello stesso presupposto su cui poggia la giurisprudenza della Corte EDU, ossia la considerazione dell’immunità in questione quale “ingerenza dello Stato”, che diventa insostenibile nel momento in cui la si considera strumentale alla massima apertura di un libero discorso politico. Non sono

esattamente le questioni emerse nel lungo dibattito che ha accompagnato l'evoluzione della nostra giurisprudenza? Al di là delle buone intenzioni, la Corte finisce proprio col ripercorrere il tragitto dei giudici nazionali, e con risultati che difficilmente potrebbero integrare la "massima espansione delle garanzie".

#### **4. Enunciazioni generali della Corte costituzionale sui ruoli delle due Corti.**

La selezione fin qui compiuta di gruppi di casi ha mostrato le possibilità e i limiti degli adattamenti costituzionali sotto vari profili.

Ora converrà spostare per un momento la nostra indagine, per esaminare come nel decennio considerato la Corte costituzionale ha definito il proprio sindacato a fronte di quello della Corte EDU, soprattutto perché questa, fra le Corti europee, non può dirsi seconda a nessuna quanto a creatività e ad attivismo giudiziale.

Un primo chiaro segnale di reazione lo si può cogliere proprio nella sent.n. 317 del 2009, che nell'enunciare la bussola della "massima espansione delle garanzie" aveva soggiunto: "Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – trova la sua primaria concretizzazione nella funzione legislativa del Parlamento, ma deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea. Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali".

Ora, nel linguaggio della Corte europea, il termine "margine di apprezzamento" ha sempre designato quello spazio di discrezionalità politica e/o di rispetto delle tradizioni

nazionali, in cui alcuni commentatori vedono perfino (anche se a torto) un viatico per la ragion di Stato, che la Corte ritiene di dover valutare nell'ambito di un sistema che pretende dagli Stati membri la garanzia del rispetto di uno standard minimo di protezione dei diritti sanciti dalla Convenzione. In questa versione del margine di apprezzamento non c'è spazio per l'interpretazione dei giudici comuni né per i bilanciamenti delle Corti costituzionali, per la semplice ragione che è solo la Corte europea, e non anche i giudici nazionali, a dover garantire la tutela apprestata dalla CEDU.

In definitiva, già nella pronuncia del 2009 la Corte aveva posto le premesse per legittimare la propria facoltà di reinterpretare le sentenze della Corte europea anche a costo di porsi in contrasto col ruolo che questa si assegna nel sistema di tutela dei diritti fondamentali, e al di là del comune dichiarato intento di ispirarsi in proposito al principio di effettività. La distribuzione fra una tutela di standard minimo a Strasburgo e una di "massima espansione delle tutele" a Roma non appare infatti a sua volta governata da un criterio che scongiuri un sindacato anche molto penetrante sull'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte europea.

Nella sentenza n. 264 del 2012, dopo aver ribadito l'esigenza di pervenire alla "massima espansione delle garanzie", la Corte differenzia ulteriormente il proprio sindacato da quello della Corte EDU, osservando come, mentre quest'ultima "è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco", essa "opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata" (§ 5.4.). La contrapposizione fra i due tipi di tutele presuppone che il giudice chiamato a operare una "valutazione sistemica, e non isolata", sia anche quello cui spetta l'ultima parola. Anche se un'istanza cooperativa non è ancora scomparsa dall'orizzonte, visto che le operazioni di bilanciamento compiute nell'ambito di una "valutazione sistemica" vengono pur sempre preordinate "non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele" (§ 4.2.).

Più tardi anche questa affermazione viene circoscritta. Nella sentenza n. 49 del 2015, osserva la Corte che “Il più delle volte, l’auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana”. Qui il bersaglio dichiarato non è tanto costituito dalla Corte di Strasburgo, quanto dalla Corte di Cassazione. Le questioni sono ritenute inammissibili, perché “i rimettenti erroneamente hanno ritenuto di essere obbligati a recepire il principio di diritto che avevano ricavato dalla sentenza Varvara”, ed è ai giudici comuni che si dettano le condizioni per osservare il precetto costituzionale di esclusiva soggezione alla legge.

A parte l’obbligo di dar corso a una decisione della Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui un giudice torni ad occuparsi, per la Corte “Corrisponde a una primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla CEDU, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo. Quest’ultimo, poggiando sull’art. 117, primo comma, Cost., e comunque sull’interesse di dignità costituzionale appena rammentato, deve coordinarsi con l’art. 101, secondo comma, Cost., nel punto di sintesi tra autonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest’ultimo di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso. È in quest’ottica che si spiega il ruolo della Corte EDU, in quanto permette di soddisfare l’obiettivo di certezza e stabilità del diritto”. Anche sulla scorta di propri precedenti, soggiunge la Corte che è “solo un ‘diritto consolidato’, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo”, come confermerebbero le modalità organizzative del giudice di Strasburgo, che “si articola per sezioni, ammette l’opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera”.

Il giudice potrà accertare che una certa decisione di Strasburgo non è consolidata sulla base di certi indici: “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”. Quando “tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano”, e purché non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto, il giudice escluderà il dubbio di compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione. Diversamente, assumerà quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea.

Fra i commentatori, vi è chi ha valorizzato la premessa dell’impostazione della sentenza, ossia il suo riferirsi ad “ipotesi estreme”, onde ridimensionarne “certe asprezze” ed escludere che sia “destinata a stravolgere la sistemazione faticosamente acquisita negli anni passati”<sup>9</sup>. In effetti, la Corte muove dalle sole ipotesi in cui una convergenza fra giudici nazionali ed europei sia “sbarrata”, col risultato di non escluderla per tutto il resto. Rimane l’omissione di quel richiamo alla “massima espansione delle garanzie”, la quale presuppone una carenza, per quanto limitata e relativa, di tutela dei parametri costituzionali, che solo l’utilizzazione del diritto convenzionale potrebbe colmare. E’ come se la Corte volesse segnalarne un limite strutturale nelle “ipotesi estreme”, quando si confrontano visioni troppo lontane del diritto e della legge per non rendere subito controversa la possibilità stessa di espansione delle garanzie e quindi di adattamenti costituzionali.

---

<sup>9</sup> G.Repetto, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, Oss. a Corte cost. n. 49 del 2015, in *Giur.cost.*, 2015, 420.

A distanza di pochi mesi, in *Parrillo c. Italia* del 27 agosto 2015, la *Grande Chambre* di Strasburgo ha respinto un'eccezione di mancato esaurimento dei ricorsi interni sollevata dal Governo italiano adducendo l'assenza nell'ordinamento italiano di un ricorso diretto alla Corte costituzionale per la protezione dei diritti, già rilevata in *Brozicek c. Italia* del 29 dicembre 1989, e soprattutto escludendo che l'indirizzo avviato dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 possa indurla a rivedere tale conclusione. La Corte riporta poi che per la pronuncia n. 49 del 2015 la giurisprudenza di Strasburgo vincola i giudici italiani solo in presenza di un indirizzo consolidato o di sentenze-pilota. Il commento manca, e non è nemmeno necessario, poiché basta ricordare alla Corte costituzionale il suo tallone d'Achille, quello di non essere giudice dei diritti, ma delle leggi.

##### **5. Divergenze sulla funzione della legge e della giurisprudenza.**

Nella sentenza n. 230 del 2012 c'è un momento di sincerità, quando la Corte ammette che, nella giurisprudenza di Strasburgo, "la nozione di «diritto» («law»), utilizzata nella norma della Convenzione, deve considerarsi comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa che del diritto di formazione giurisprudenziale. Tale lettura «sostanziale», e non già «formale», del concetto di «legalità penale», se pure stimolata dalla necessità di tenere conto dei diversi sistemi giuridici degli Stati parte – posto che il riferimento alla sola legge di origine parlamentare avrebbe limitato la tutela derivante dalla Convenzione rispetto agli ordinamenti di common law – è stata ritenuta valevole dalla Corte europea anche in rapporto agli ordinamenti di civil law, alla luce del rilevante apporto che pure in essi la giurisprudenza fornisce all'individuazione dell'esatta portata e all'evoluzione del diritto penale (tra le altre, sentenze 8 dicembre 2009, *Previti contro Italia*; Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*; 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. ed altri contro Italia*; Grande Camera, 24 aprile 1990, *Kruslin contro Francia*)". Corrispondentemente, la Corte riconosce come "nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della

riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost.; principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione”.

Nella specie, il dissidio viene ricomposto grazie al rilievo che nella stessa giurisprudenza di Strasburgo, in particolare in *Scoppola c. Italia*, il principio di retroattività della *lex mitior*, ricavabile dall'art. 7, paragrafo 1, della CEDU, è riferito alle sole leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva, il che non potrebbe non valere, nella prospettiva del giudice *a quo*, anche per i mutamenti di giurisprudenza (sent.n. 230 del 2012, § 7, con richiami alla sent.n. 236 del 2011).

Solo che in *Scoppola* c'era dell'altro: la Corte vi aveva ritenuto “coerente col principio di preminenza del diritto, di cui l'articolo 7 costituisce un elemento essenziale”, che “il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più grave per la sola ragione che era contemplata al momento in cui è stato commesso il reato potrebbe configurarsi un'applicazione a scapito dell'imputato delle norme che disciplinano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre ad ignorare ogni cambiamento legislativo favorevole all'imputato intervenuto prima del giudizio e a continuare ad infliggere pene che lo Stato, e la collettività che rappresenta, considerano oramai come eccessive. La Corte nota che l'obbligo di applicare, tra le diverse leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato equivale ad un chiarimento delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa un altro elemento essenziale dell'articolo 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni” (§ 108). Affermazione, quest'ultima, che si comprende meglio alla luce di una precedente: “Non si può interpretare l'art. 7 della Convenzione

come se proibisse il chiarimento graduale delle norme relative alla responsabilità penale tramite l'interpretazione giudiziale da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza dell'infrazione e ragionevolmente prevedibile" (§ 101).

Ricordo incidentalmente che l'art. 7 CEDU sancisce esclusivamente il *nullum crimen sine lege*, il che aveva fatto scrivere ai sei giudici dissenzienti sui diciassette componenti della *Grande Chambre* che, pur potendo decidere alla stregua dell'art. 6, "la maggioranza ha proceduto all'esame della causa sotto il profilo dell'art. 7, par. 1, e per applicarlo lo ha riscritto allo scopo di renderlo conforme a ciò che essa ritiene avrebbe dovuto dire. Ci permettiamo di dire che ciò oltrepassa i limiti"<sup>10</sup>. Ma tant'è. La Corte di Strasburgo non ha soltanto riscritto l'art. 7. Ha pure radicato la sua riscrittura sulla prevedibilità della responsabilità penale da parte dell'imputato anche alla stregua di interpretazioni giudiziali.

In *Contrada c. Italia* del 14 aprile 2015, la Corte EDU dichiara la violazione da parte dell'Italia dell'art. 7, stavolta nel senso del *nullum crimen sine lege*, dal momento che il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso è stato frutto di una evoluzione giurisprudenziale consolidatasi con la prima sentenza delle Sezioni Unite (*Demiry, 1994*), successivamente all'epoca della commissione dei fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), cui il reato in questione non poteva perciò risultare "sufficientemente chiaro e prevedibile".

In una precomprensione ermeneutica della Convenzione EDU come neutra, ugualmente rispettosa dei diversi tipi d'ordinamento, si è detto, l'idea di legalità/prevedibilità non potrebbe intendersi come *alternativa* alla riserva di legge, bensì come *integrazione* nei termini in cui è da intendere il principio di colpevolezza, secondo aspetto del principio di legalità; e si è per contro notato il paradosso, procurato "da un linguaggio non pensato per la concettualizzazione dei principi di un ordinamento di *civil law*, che fonda la legalità penale sulla fonte legislativa", per cui le ipotesi di nuova incriminazione per via legislativa non differirebbero in nulla da quelle di nuova incriminazione per via giurisprudenziale<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Per altre osservazioni sul punto C.Pinelli, *La retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, Oss. a sent.n. 236 del 2011, in *Giur.cost.*, 2011, 3049.

<sup>11</sup> D.Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 10.

Ma il discorso può andare oltre la riserva di legge in materia penale, che pure costituisce il terreno sicuramente più delicato di confronto. Come infatti in tal campo il punto di vista privilegiato dalla Corte EDU è quello della prevedibilità da parte dell'individuo di un certo fatto come reato, così l'insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari viene da essa visto come "ingerenza dello Stato" rispetto al diritto a un giudizio, quasi che un istituto costituzionalmente previsto a garanzia del libero dibattito politico debba considerarsi alla stregua di un qualsiasi intervento pubblico di fronte alla forza di diritti innati.

Ancora, come è stato notato da più parti, la giurisprudenza di Strasburgo che ammette leggi di interpretazione autentica solo "per impellenti motivi di interesse generale" (*Maggio ed altri c. Italia*, 31 maggio 2011) si concilia con quella della Corte costituzionale a costo di notevoli forzature. Nonostante frequenti scrutini condotti sul punto alla stregua della sola ragionevolezza, la Corte costituzionale si trova costretta a ricercare concordanze, come quando dichiara che la retroattività deve trovare "adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti 'motivi imperativi di interesse generale' ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU", salvo poi a discostarsi da essa circa la ricorrenza di quei motivi nei singoli casi (sentt.nn. 209 del 2010, 264 del 2011, 15 del 2012).

Vanno certo segnalate, per contro, occasioni in cui la Corte richiama spontaneamente la giurisprudenza di Strasburgo procedendo ad annullamenti di leggi di interpretazione autentica per violazione del principio di legittimo affidamento (sent.n. 103 del 2013). In questo senso, si può scorgere anche qui un adattamento costituzionale. Senonché lo stesso principio di legittimo affidamento è di regola fonte di contrasti non appianati. Muovendo dall'antica e mai del tutto superata configurazione delle leggi di interpretazione autentica quali strumenti per rimuovere controversie insorte fra i giudici a seguito dell'oggettiva incertezza della legge interpretata, la Corte costituzionale ha buon gioco ad escludere in quei casi ogni violazione del legittimo affidamento in capo ai privati, e ad affermare anzi che sia proprio la legge di interpretazione autentica a ripristinare la certezza del diritto. Nella giurisprudenza della Corte EDU, le leggi interpretative sono invece avvolte dal

sospetto di interferire nell'esercizio della funzione giurisdizionale, con conseguente lesione dei principi del giusto processo e conseguentemente del legittimo affidamento<sup>12</sup>.

La distanza tra Strasburgo e Roma è stata vista nei termini di un contrasto fra una nozione di 'legge' comprensiva tanto degli atti normativi in senso stretto quanto del diritto giurisprudenziale, ed una tendente a collocare il diritto di difesa e le attribuzioni costituzionali della giurisdizione su un piano processuale, diverso da quello sostanziale su cui operano le leggi, anche interpretative o retroattive<sup>13</sup>. La contrapposizione ultima investe in realtà il ruolo della legge, di volta in volta riguardata come uno degli atti del pubblico potere, nei cui confronti far valere le stesse garanzie giurisdizionali che valgono nei confronti degli altri, e come prodotto di un procedimento democratico e perciò distinto dagli altri atti del pubblico potere, nei cui confronti far valere le specifiche garanzie giurisdizionali previste allo scopo dall'ordinamento costituzionale.

Sarebbe fuorviante guardare a quella contrapposizione come a una partita puramente culturale fra giudici di *common law* e di *civil law*. Né merita credito la pur ricorrente tendenza a scorgervi un'ulteriore espressione della disputa tra fautori e detrattori della creatività della giurisprudenza. Vale piuttosto la pena di contestualizzare la questione, per poi esaminarla in una prospettiva costituzionale.

Segnalo i fattori di contesto più rilevanti. Il discredito della funzione legislativa che, quale espressione per eccellenza di deliberazione politica sulle grandi scelte collettive, è da tempo in crisi negli Stati membri del Consiglio d'Europa. Una domanda di diritti caratterizzata assai più da un individualismo acquisitivo che da un uso responsabile delle libertà. Una Corte europea che a differenza delle Corti costituzionali e della Corte di giustizia si confronta con una controparte politica non collocata nel proprio ordinamento ma dispersa fra gli Stati aderenti alla Convenzione, e che così vede corrispondentemente crescere il proprio spazio di manovra. Infine, quello che chiamavo il tallone d'Achille della

---

<sup>12</sup> F.F.Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in [www.gruppodipisa](http://www.gruppodipisa), 18 settembre 2014, 7.

<sup>13</sup> M.Massa, *Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative*, Oss. a Corte cost.n. 15 del 2012, in *Giur.cost.*, 2012, 172.

nostra Corte costituzionale, giudice delle leggi e solo in seconda battuta garante dei diritti fondamentali.

Questi elementi si sono manifestati con particolare evidenza nel decennio appena trascorso, e vanno tutti nella stessa direzione. Aprono le porte a giudici convinti che la loro missione non consista soltanto nell'approntare "la massima espansione delle garanzie dei diritti fondamentali" con interpretazioni anche creative dei testi normativi, ma possa altresì dispiegarsi sul terreno dell'individuazione stessa di quei diritti.

Di fronte a simili prevalenti tendenze, vi è chi, pur seguendo "un'ermeneutica emancipata da idee mitologiche (ingenuamente illuministiche) dell'onnipotenza delle leggi scritte", ricorda che "sul piano logico la legge di Hume ci trattiene dal saltare dall'essere al dover essere", e che in termini di dover essere "L'ottica (pur importante) della stabilizzazione giurisprudenziale non può essere fatta valere fuori dall'aggancio a una *previa legge*"<sup>14</sup>. L'opinione, maturata in riferimento alla riserva di legge penale, pone il più ampio problema dell'equilibrio fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale nello Stato costituzionale.

A tale equilibrio si riferisce lo stesso richiamo della Corte costituzionale all'art. 101 Cost., invocandosi un "punto di sintesi tra autonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest'ultimo di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso. È in quest'ottica che si spiega il ruolo della Corte EDU, in quanto permette di soddisfare l'obiettivo di certezza e stabilità del diritto" (sent.n. 49 del 2015).

Casomai, si può osservare come l'equilibrio fra giudici e legislatori non presuppone un'assegnazione delle parti, quasi che gli uni o gli altri siano i soli custodi, di volta in volta, della stabilità o del mutamento. In realtà, tanto le interpretazioni giudiziali quanto i processi di deliberazione politica possono garantire certezza o promuovere innovazione. Ciò che conta è che l'equilibrio si ricerchi, perché è attraverso di esso che abbiamo imparato a riconoscere i percorsi di effettivo avanzamento nella tutela dei diritti. Sbandamenti in uno o in altro senso possono solo bloccarli. Sulle leggi di interpretazione

---

<sup>14</sup> D.Pulitanò, *Paradossi della legalità*, cit., 10 ss.

autentica, molti di noi hanno ad es. auspicato a lungo una giurisprudenza costituzionale meno deferente anche in vista di una tutela del legittimo affidamento. Ma il generalizzato sospetto della Corte EDU che tali leggi violino i principi del giusto processo avvicina quell'obiettivo o irrigidisce la posizione della Corte costituzionale? Sono casi in cui opposte visioni del diritto e della legge ingombrano la via degli adattamenti costituzionali. Come è stato detto anche in riferimento alla Corte del Lussemburgo, il gioco delle interazioni fra Corti europee e Corti nazionali funziona tanto meglio, quanto più esse si rivelino consapevoli dei necessari intrecci fra i diversi ordinamenti cui ciascuna appartiene e dello scopo comune cui devono portare: "la massima convergenza possibile nell'identificare la massima espansione possibile dei nostri diritti, pur in un contesto in cui i membri dell'Unione e quelli del Consiglio d'Europa vengano da culture, tradizioni e sensibilità diverse o anche molto diverse"<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., 106.