

L'interpretazione conforme alla CEDU da parte dei giudici comuni di Elisabetta Lamarque

N.B. Il presente scritto è il testo, privo di note e del tutto provvisorio, della relazione orale tenuta a Milano l'11 gennaio 2013 nell'ambito del corso di formazione decentrata sul tema *La Corte europea dei diritti dell'uomo: il meccanismo di decisione della Cedu e i criteri d'interpretazione conforme*. **Si prega di non diffondere.**

Ho scelto di procedere nel modo che segue.

Dapprima tenterò di disegnare la cornice comune di tutte le manifestazioni del fenomeno dell'interpretazione conforme conosciute dal nostro ordinamento – l'interpretazione conforme a Cost, al diritto dell'Unione europea e al diritto internazionale pattizio e quindi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo –, riguardandole anche in una prospettiva storico-evolutiva.

Inquadrerò poi all'interno di questa cornice la forma di cui oggi ci occupiamo, quella dell'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, provando a individuarne i profili peculiari e più problematici.

Partiamo dunque dalla riflessione più ampia sul fenomeno dell'interpretazione conforme.

Non vi è alcun dubbio che la tecnica interpretativa che consiglia, in modo vedremo più o meno cogente, a un giudice di interpretare un testo normativo da lui ritenuto applicabile nel caso concreto in modo conforme... diciamo per ora genericamente 'a qualcosa d'altro da sé', e cioè in modo conforme a una norma "non coincidente per origine e legittimazione" con quella immediatamente ricavabile dal primo testo (Luciani), è uno dei sistemi – vedremo poi che oggi è considerato il sistema migliore, da seguire a preferenza di ogni altro – per far sì che la sua decisione non contrasti con nessuna delle previsioni normative che vengono in gioco, le quali risultano anzi pacificate e armonizzate nella singola decisione proprio grazie alla sapiente opera del giudice.

Non vi è alcun dubbio, inoltre, che l'interprete tanto più ha occasione di ricorrere alla tecnica dell'interpretazione conforme della legge 'a qualcosa d'altro' quanto più le fonti del diritto sono numerose, intrecciate e sovrapposte, perché sono statisticamente più elevate le probabilità che sul caso controverso confluiscono indicazioni normative di differente origine e legittimazione, con plurime possibili combinazioni.

E, del resto, dico cose notissime, il fenomeno della complessità delle fonti è quello che caratterizza la nostra epoca, e per ciò che qui interessa il nostro ordinamento, con sempre maggiore intensità, direi quasi drammaticità, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale.

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, infatti, ha sovrapposto al piano della legalità legale il piano della legalità costituzionale senza negare né l'uno né l'altro

(Luciani), e ha quindi richiesto al giudice di tenere sempre il piede in due scarpe, e cioè di decidere i casi sottoposti al suo esame senza mai violare né la legge né la Costituzione.

Negli stessi anni in cui entrava in vigore la Costituzione repubblicana, inoltre, l'ordinamento italiano si apriva, e in seguito si spalancava, con l'art. 117 Cost. introdotto dalla riforma costituzionale del 2001, a quello internazionale e sovranazionale, dando così vita ancora una volta a una sovrapposizione di fonti di diversa origine e legittimazione che aspirano tutte parimenti, e legittimamente, a influenzare la soluzione dei singoli casi controversi.

La conseguenza è che il giudice italiano oggi è tenuto a fare sempre contemporaneamente i conti con i diversi ordinamenti internazionali e sovranazionali, oltre che con i due diversi piani interni della legalità. Sia la Costituzione che le fonti 'esterne', infatti, per un motivo o per l'altro, che ora non serve esaminare, si presentano al giudice come dotate della caratteristica della normatività, della precettività o – si può dire ancora più genericamente – della *effettività*: non ammettono cioè che il giudice ne possa prescindere, le possa ignorare, vi possa rinunciare, pur quando applica la legge.

Il giudice, come un novello arlecchino servitore di due – e più – padroni, vi si trova in altre parole 'soggetto', pur restando sempre soggetto anche alla legge.

Si comprende bene quindi perché la tecnica dell'interpretazione conforme assuma diverse forme e finisca per operare in contesti anche molto differenti tra loro. Essa, infatti, funziona come una *cerniera* tra due piani normativi – e addirittura tra due logiche o tra due mondi – lontani tra loro, ma che ciononostante devono necessariamente essere tenuti entrambi in considerazione nella decisione di una controversia concreta.

Per lo stesso motivo si spiega anche l'odierno, straordinario, successo della nostra tecnica. L'attuale complessità degli intrecci ordinamentali e la crescente sovrapposizione dei piani normativi, come si è detto, fa sì che di simili cerniere gli organi giudicanti abbiano bisogno oggi molto più di ieri per unire in modo fluido e scorrevole elementi eterogenei e in origine separati, incastrandoli progressivamente tra loro con un solo semplice gesto, fino a fonderli, o confonderli, nel momento applicativo.

Vorrei qui subito notare che l'interpretazione conforme che oggi conosciamo e pratichiamo, in tutte le sue attuali manifestazioni, ha certamente dei 'prototipi', e che questi prototipi sono l'interpretazione conforme a Costituzione suggerita dalla Corte costituzionale ai giudici comuni nei primi quaranta anni della sua attività (1956-1996 circa) e la tradizionale presunzione di conformità delle leggi interne agli obblighi internazionali.

Rispetto ai loro prototipi, tutte le forme attuali presentano *non soltanto la differenza quantitativa di cui si è appena detto, ma anche una differenza di tipo qualitativo.*

Sia ben chiaro. Anche i due ‘prototipi’ agivano da cerniera, rispondendo alla medesima, invariata, esigenza di far confluire in modo armonioso piani normativi diversi nella decisione del caso controverso. Tuttavia, il loro modo di operare è distante anni luce dal modello attuale. La logica che li sorreggeva, infatti, era quella, potremmo dire, della *good practice*, nel senso che si offrivano all’interprete come degli ottimi strumenti per risolvere un conflitto apparente tra indicazioni normative di differente origine e legittimazione, ma non pretendevano di imporsi. L’interprete restava quindi libero di imboccare immediatamente un’altra direzione, di seguire un’altra strada per uscire dall’*impasse* in cui si trovava. Al contrario, l’idea che anima oggi tutti indistintamente i fenomeni di interpretazione conforme è quella dell’*obbligo* da parte del giudice di procedervi a ogni costo, o quasi a ogni costo.

L’interpretazione conforme è passata, in altre parole, *da utile e saggia opzione* (nei ‘prototipi’) *a stringente imperativo* (nel modello attuale).

Pochi cenni per richiamare il modo di funzionare dei due ‘prototipi’, e poi passiamo a descrivere il modello attuale.

Il primo ‘prototipo’. L’interpretazione conforme a Costituzione nei primi quaranta anni del giudizio incidentale italiano.

Per quanto riguarda l’interpretazione conforme a Costituzione da parte dei giudici dal 1956, anno di nascita della Corte costituzionale, al 1996, che è l’anno di svolta nel quale essa perde i connotati della volontarietà e assume il carattere obbligatorio che oggi la contraddistingue, la storia è nota, ma vale la pena di riassumerla per brevissimi capi.

Si deve innanzitutto ricordare che negli stessi suoi primi mesi di vita il nuovo organo di giustizia costituzionale italiano, spiazzando gli studiosi e sorprendendo la stessa autorità giudiziaria, inventa uno strumento decisorio non previsto da nessuna disposizione di rango costituzionale o legislativo: la sentenza ‘interpretativa di rigetto’, con cui respinge la lettura del dato legislativo accolta dal giudice *a quo* e dichiara non fondato il dubbio di costituzionalità sulla base di una nuova interpretazione della legge, conforme appunto alle norme costituzionali. Inventando questo strumento, la Corte costituzionale raggiunge un duplice obiettivo: da un lato, estende la propria competenza all’interpretazione della legge e, dall’altro lato, ed è ciò che qui più interessa, suggerisce ai giudici – al giudice *a quo* e a tutti i giudici – di “non arrestarsi, nell’attività interpretativa, alla barriera della legge, ma a superare questa barriera, e a inoltrarsi nel mondo dei valori costituzionali”.

L’interpretazione conforme a Costituzione nasce quindi come un gentile e sommesso invito rivolto all’autorità giudiziaria a servirsi *anche* della Costituzione, oltre che della legge, per risolvere le concrete controversie, semplicemente interpretando la seconda alla luce della prima.

La storia ci dice, tuttavia, che per molti anni l’unico risultato ottenuto dalla Corte costituzionale è una porta sbattuta in faccia. L’invito a utilizzare la Costituzione come norma giuridica resta il più delle volte inascoltato soprattutto da parte delle giurisdizioni superiori, composte da giudici formati in epoca prerepubblicana e quindi meno sensibili alla novità costituzionale e, forse, anche ‘gelosi’ delle loro prerogative di nomofilachia,

che vedono minacciate da quello che spesso è percepito come un'invasione della Corte costituzionale nel loro campo tradizionale di azione. Ma nel difficile primo periodo delle relazioni tra Corte costituzionale e autorità giudiziaria un simile invito non trova terreno fertile neppure presso i giudici di merito. In molti casi, infatti, essi non osano seguire le indicazioni contenute nelle sentenze interpretative perché temono, e a ragione, che i giudici dei gradi successivi provvedano a riformare le loro decisioni più innovative, e preferiscono quindi attivare di nuovo l'incidente di costituzionalità sperando di avere dalla Corte costituzionale la dichiarazione di incostituzionalità della legge. La Corte costituzionale, tuttavia, non smette neppure per un momento di adottare sentenze interpretative di rigetto, a volte tra l'altro portando a termine operazioni di riciclaggio di leggi di epoca fascista davvero opinabili, e quindi continua, malgrado gli evidenti insuccessi, in un'opera che possiamo definire di 'pedagogia costituzionale' nei confronti della magistratura.

E' solo a partire dal 1965 che si raccolgono i primi frutti di quell'impegno pedagogico. In quell'anno, infatti, al termine di un burrascoso convegno dell'associazione nazionale magistrati, composta in quel momento dai soli magistrati di merito, viene approvata la nota mozione nella quale si afferma, *per la prima volta a chiare lettere*, che rientra a pieno titolo fra le attribuzioni dei giudici comuni, accanto al potere di sollevare l'incidente di costituzionalità, anche quello di servirsi della Costituzione come materiale normativo: e ciò sia al fine di darle applicazione diretta quando tecnicamente possibile, sia – ed è quanto qui interessa – al fine di interpretare la legge in modo ad essa conforme. E questo, naturalmente, anche autonomamente, e cioè anche in mancanza di un esplicito invito in tal senso della Corte costituzionale.

Da quella data simbolica con molta gradualità la magistratura ordinaria di merito adotta una strategia più elastica per ottenere l'adeguamento del diritto legislativo alla Costituzione perché non ricorre più soltanto allo strumento del rinvio alla Corte, ma sposa con sempre maggiore convinzione interpretazioni della legge conformi alle norme costituzionali. Proprio a partire da quegli stessi anni, tuttavia, l'esortazione a intendere il dettato legislativo alla luce della Costituzione da parte della Corte costituzionale diventa meno insistente e ancor più sommessa, a causa della necessità di evitare per quanto possibile gli scontri con le supreme magistrature, che in alcuni noti episodi si erano rifiutate di accogliere i suoi consigli e avevano continuato ad applicare la legge nel senso già ritenuto incostituzionale. La Corte costituzionale assume quindi per molto tempo, almeno fino all'inizio degli anni novanta, un atteggiamento "conciliativo": propone cioè nuove interpretazioni conformi a Costituzione, con sentenze interpretative di rigetto, solo quando non si è già formato un diritto vivente incostituzionale. Se c'è già un diritto vivente incostituzionale, invece, la Corte costituzionale procede senz'altro con una sentenza di accoglimento.

Nei lunghi anni nei quali l'organo di giustizia costituzionale esercita tutta la prudenza di cui dispone per non urtare con i suoi consigli la magistratura, tuttavia, i giudici cambiano, anche anagraficamente, e la cultura costituzionale della magistratura di ogni ordine e grado si consolida. Accade così gradualmente che non siano solo i giudici inferiori, ma anche le magistrature superiori, a tenere conto delle norme costituzionali nella stessa formazione dei propri orientamenti interpretativi che aspirano a diventare diritto vivente.

All'inizio degli anni novanta il criterio dell'adesione al diritto vivente, pur restando dichiarato e praticato dalla Corte costituzionale, inizia a essere recessivo di fronte al criterio, che in seguito diventerà onnivoro, dell'interpretazione conforme a Costituzione. Già in questo periodo capita, infatti, sia pure in occasioni piuttosto rare, che la Corte utilizzi una sentenza interpretativa di rigetto per chiedere ai giudici di tornare sui propri passi, abbandonando un orientamento interpretativo costante ma difforme dalle norme costituzionali. Non è qui possibile analizzare compiutamente i motivi del mutato atteggiamento della Corte. Basti qui ricordare che ora, come si è detto, i giudici sono in grado di parlare lo stesso linguaggio del giudice costituzionale, e di servirsi delle norme costituzionali con disinvoltura. E, dall'altra parte, alla Corte costituzionale fa molto comodo che siano i giudici a fare 'il lavoro sporco' di adeguare il dettato legislativo alla Costituzione, perché a partire dal 1990 essa ha smaltito tutto il carico di arretrato di lavoro che aveva accumulato durante il processo Lockheed, e si trova quindi nella imbarazzante condizione di dovere giudicare leggi appena sfornate dalla maggioranza parlamentare e di governo (si pensi all'alluvione di questioni di costituzionalità sul codice di procedura penale del 1988), con il rischio, concretissimo, di scontri violenti con la politica. Devolvendo ai giudici parte dei compiti relativi al controllo di costituzionalità che fino a quel momento si era accollata, dunque, la Corte assume un atteggiamento un po' meno esposto, di *low profile*, tentando, senza peraltro sempre riuscirci, di evitare o almeno di posticipare il confronto, e quindi lo scontro, con la maggioranza politica. La Corte costituzionale, in altre parole, si ritira dalla trincea per spostarsi nelle retrovie, riservandosi di irrompere con l'artiglieria pesante solo dove sia assolutamente necessario. Il nuovo atteggiamento dell'organo di giustizia costituzionale trova la sua formalizzazione nella nota sentenza n. 356 del 1996, che segna l'avvio dell'epoca attuale. Per la prima volta in quell'occasione la sola possibilità di dare "interpretazioni costituzionali" della legge suggerisce alla Corte costituzionale l'adozione non di una sentenza di rigetto, e cioè di una decisione che invita i giudici a procedere all'interpretazione adeguatrice insieme alla Corte, bensì di una pronuncia di *inammissibilità*, e cioè di una decisione che chiede ai giudici di procedere all'interpretazione adeguatrice *prima*, e preferibilmente *al posto*, della Corte.

La nuova regola posta dalla Corte costituzionale nel 1996, e mai più revocata, impone dunque che Corte costituzionale e giudici agiscano sempre secondo un ordine preciso, perché la riconduzione della legge alla Costituzione viene a gravare in prima battuta sempre sui giudici, e poi in un secondo tempo, e solo eventualmente, sulla Corte costituzionale. Almeno dal 1998, inoltre, la previa ricerca di un'interpretazione conforme a Costituzione assurge, secondo alcuni, a vera e propria nuova condizione per l'instaurazione del giudizio costituzionale incidentale, accanto alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza: se infatti il giudice *a quo* non dimostra, nella sua ordinanza di rimessione, di avere esperito il doveroso tentativo di interpretazione adeguatrice prima di sollevare la questione di costituzionalità, la questione viene respinta al... remittente senza tante cerimonie, con una secca ordinanza costituzionale di manifesta *inammissibilità*.

L'invito ai giudici a compiere interpretazioni conformi a Costituzione si è fatto dunque nel corso degli anni *sempre più pressante* fino a diventare *ineludibile*, e ad assumere i connotati di un vero e proprio obbligo per ogni organo giudicante. Rispetto ai primi

quaranta anni di vita del giudizio incidentale italiano, in definitiva, gli ultimi quindici/venti anni vedono una vera e propria trasformazione qualitativa, un mutamento genetico, dello statuto dell'interpretazione conforme a Costituzione. La realtà odierna è molto diversa dal suo 'prototipo'.

Il secondo 'prototipo'. La presunzione di conformità della legge ai trattati internazionali.

Si può così passare a esaminare, ancora più brevemente, l'altro 'prototipo' del nostro fenomeno, e cioè la presunzione di conformità della legge all'obbligo internazionale precedentemente assunto dal nostro Paese, recepito e diventato esecutivo con legge.

Qui la distanza dall'attuale obbligo d'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, in generale al diritto internazionale pattizio appare, se possibile, ancora maggiore.

In primo luogo, la tradizionale presunzione di conformità del diritto interno al diritto di origine internazionale è una presunzione di tipo 'relativo', perché il giudice può anche non attivarla se emerge un'evidente volontà del legislatore di violare l'obbligo internazionale precedentemente assunto, accettando di incorrere nella responsabilità sul piano internazionale. Al contrario, secondo il nuovo art. 117 Cost. il fallimento del tentativo di dare la prevalenza in via interpretativa alla norma di origine pattizia ha sempre come conseguenza l'incostituzionalità della legge interna successiva.

In secondo luogo – ma è quasi superfluo ricordarlo – la vecchia presunzione poteva operare solo quando l'impegno internazionale era stato assunto *prima* dell'approvazione della legge, presumendosi appunto che il legislatore non intendesse smentire la volontà, già manifestata con l'ordine di esecuzione, di aderire a una certa convenzione internazionale. Ora, al contrario, non ha alcun rilievo, nell'obbligo d'interpretazione conforme, che la legge sia anteriore o successiva alla normativa di origine internazionale o sovranazionale, perché è sempre a quest'ultima che si deve tentare di assegnare la prevalenza nel caso concreto.

Il presente. Il carattere 'procedurale' di ogni obbligo di interpretazione conforme.

La cifra comune a tutti i fenomeni d'interpretazione conforme conosciuti nell'epoca attuale dal nostro ordinamento, che li differenzia dai due 'prototipi', ai quali sono invece assimilati per la comune esigenza che li sostiene, è dunque *il carattere dell'obbligatorietà per il giudice*, sul quale grava quindi oggi un vero e proprio dovere di elaborare la regola del caso tenendo conto di tutte le fonti vigenti, pertinenti e non invalide (Chessa), piuttosto che sceglierne una a scapito delle altre. E' giunto ora il momento di indagare in che cosa consista esattamente tale obbligatorietà o doverosità.

Ha ragione, innanzitutto, chi discorre di un obbligo di mezzi e non di risultato (Celotto-Pistorio). Il giudice deve sì fare tutto il possibile, deve dar fondo a tutti i poteri interpretativi di cui dispone o, ancora, non deve lasciare nulla di intentato, per leggere le previsioni legislative in modo conforme al parametro costituzionale, del diritto dell'Unione europea o convenzionale. Può e deve, tuttavia, arrendersi di fronte all'evidenza, e cioè nel momento in cui è ormai certo, dopo avercela messa tutta, che nel suo caso l'interpretazione conforme non è praticabile.

L'obbligo d'interpretazione conforme è dunque di tipo procedurale: il tentativo di praticarla da parte del giudice, che deve essere come si è detto fatto molto seriamente, è un 'passaggio obbligato' (Colella) nel quale egli si deve infilare, ma non rappresenta necessariamente la meta da raggiungere. Nel momento in cui avvia il tentativo di interpretazione conforme, anzi, il giudice ancora non deve sapere se quello sarà il suo punto di approdo o soltanto una tappa del suo ragionamento.

Che l'obbligo sia soltanto procedurale lo dimostra, *a contrario*, la circostanza che al termine del passaggio obbligato, nel caso di fallimento del tentativo di interpretazione conforme, *esiste sempre un altro strumento, una diversa misura*, per rimediare alla sovrapposizione dei due piani normativi eterogenei che ormai si sono dimostrati inconciliabili.

Ricordiamo brevemente le misure che seguono il fallimento del tentativo d'interpretazione conforme.

Nel caso in cui il giudice non riesca a dare alla legge un significato compatibile con la Costituzione, è tenuto a sollevare la questione davanti alla Corte costituzionale, con conseguente possibile caducazione della legge con effetti generali.

Nel caso invece in cui il giudice non arrivi a compiere una lettura della legge conforme al diritto dell'Unione europea, non importa se prima o dopo il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia, le strade che gli si aprono sono due. Se la normativa dell'Unione europea è direttamente applicabile o ha effetto diretto, e se in quest'ultimo caso siamo in un rapporto tra singolo e pubblica amministrazione, il giudice deve senz'altro imboccare la via della disapplicazione della legge nazionale. Se invece la normativa dell'Unione europea non ha effetto diretto, il giudice deve sollevare questione di costituzionalità della legge nazionale davanti alla Corte costituzionale per violazione degli artt. 11 e/o 117, primo comma, Cost., con possibilità, anche qui, di giungere all'eliminazione della legge dall'ordinamento.

Nel caso, infine, in cui il giudice ritenga impossibile procedere all'interpretazione della legge in senso conforme al diritto internazionale pattizio e quindi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la via che egli è tenuto a percorrere è, ancora una volta, la via della questione di legittimità costituzionale di quella legge per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Ricordiamo infatti che quando la Corte costituzionale, dopo molti anni dall'entrata in vigore di quest'ultima norma costituzionale (novembre 2001-novembre 2007), ha preso finalmente posizione sul nuovo modo di operare nel nostro ordinamento dei vincoli internazionali, Convenzione europea compresa, ha affermato con forza il proprio sindacato accentrato, escludendo espressamente che i giudici potessero risolvere da soli il contrasto con i vincoli internazionali, e in particolare con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, procedendo alla disapplicazione della legge interna.

La sequenza, in definitiva, pur presentando delle varianti per ognuno dei tre tipi di interpretazione conforme, risponde sempre a una medesima logica, quella della *gradualità*: dalla misura più ‘mite’ e duttile, che concilia i diversi piani normativi, alla misura più ‘severa’ e definitiva, che constata l’impossibilità di conciliarli e ne trae tutte le conseguenze.

L’accertamento dell’incompatibilità dei piani normativi – da chiunque compiuto – è quindi sempre l’*extrema ratio* (Modugno), o più precisamente è una misura sussidiaria, che deve sì intervenire, ma se e solo quando la misura principale, che è appunto l’interpretazione conforme, non è praticabile.

Riprendendo la nostra metafora. Quando si devono tenere insieme due tessuti di diversa qualità e consistenza prima si deve provare a usare una *cerniera*, che lascia intatti i tessuti e si può sempre aprire e richiudere. E’ solo se la cerniera non tiene o si inceppa che si passa, a malincuore, a *tagliare* uno dei due tessuti per cucirlo poi all’altro.

E’ interessante ora vedere quali sono le corti che impongono ai giudici l’obbligo di interpretazione conforme.

Qui salta all’occhio subito una prima importante differenza. L’interpretazione conforme è di solito imposta dalle corti incaricate di custodire il parametro a cui conformarsi: quella conforme a Costituzione è imposta dalla Corte costituzionale e quella conforme al diritto dell’Unione europea è richiesta dalla Corte di Giustizia, peraltro con l’accordo e il sostegno della Corte costituzionale.

Invece, l’obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea non è affermato da parte della corte incaricata di assicurarne l’osservanza, la Corte di Strasburgo.

L’unico organo esterno alla magistratura italiana che afferma l’esistenza a carico di tutti i giudici italiani dell’obbligo d’interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, è – si badi bene! – la Corte costituzionale. Essa infatti vieta al giudice di passare subito alle maniere forti, denunciando alla stessa Corte costituzionale il contrasto tra la norma interna e la norma convenzionale, ma gli chiede invece di provare innanzitutto ad armonizzare i piani normativi diversi. Anche il tentativo di interpretazione conforme alla Convenzione europea diventa così condizione necessaria, accanto alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza, per la valida instaurazione del giudizio di fronte alla Corte costituzionale. Se il giudice non dimostra di averlo esperito, la questione da lui sollevata è dichiarata manifestamente inammissibile.

Dell’obbligo d’interpretazione conforme alla Convenzione europea, invece, come dicevo, non fa parola la Corte europea deputata a garantirne l’osservanza.

La Corte di Strasburgo, sia chiaro, in più occasioni ha affermato di essere chiamata a verificare se il modo in cui il diritto interno è interpretato e applicato (soprattutto dall’amministrazione e dai giudici) produce (o meno) delle conseguenze conformi alla Convenzione. E in alcune pronunce è giunta a constatare che l’ordinamento nazionale, in precedenza non adeguato agli standard minimi fissati dalla giurisprudenza di Strasburgo, si era poi allineato alla Convenzione grazie non solo a una modifica

legislativa, ma anche alla successiva giurisprudenza dei giudici supremi (in particolare: del tribunale costituzionale e del tribunale supremo nel caso spagnolo sulle intercettazioni di conversazioni). Simili affermazioni, tuttavia, hanno a che fare soltanto con il tipo di controllo che spetta a quella Corte: un controllo caso per caso sull'effettivo rispetto dei diritti convenzionali del ricorrente da parte dello Stato contraente, e quindi anche da parte dei suoi giudici. Tuttavia, la Corte di Strasburgo non ha mai affermato che il modo migliore, o principale, per ottenere l'allineamento dello Stato agli obblighi convenzionali fosse il mutamento giurisprudenziale, ma ha invece sempre ritenuto indifferente il mezzo scelto dagli organi statali per raggiungere tale scopo.

Tutto ciò non deve stupire, perché anzi è la riprova della natura procedurale, e non già sostanziale o assoluta, di ogni obbligo giudiziale d'interpretazione conforme.

La Corte di Strasburgo, infatti, non ha alcun rapporto diretto con i giudici nazionali per la mancanza di un meccanismo analogo al rinvio pregiudiziale, e quindi non è nella posizione di incidere sulla loro attività mentre essa si svolge, né di metterla in correlazione con la propria. Interviene anzi, per definizione, solo al termine del loro lavoro per approvarlo o disapprovarlo nei suoi risultati concreti. Non può essere quindi neppure interessata a discorrere di un obbligo giudiziale di interpretazione conforme della Convenzione: che sia attraverso questo mezzo, oppure attraverso l'attività amministrativa o legislativa dello Stato, su cui parimenti la Corte di Strasburgo può influire in modo solo indiretto, ciò che unicamente conta, ai suoi occhi, è che *alla fine* la Convenzione sia effettivamente rispettata.

Ma torniamo ora, per un momento, agli altri elementi che, accanto alla sua doverosità, accomunano tutte le forme di interpretazione conforme.

Abbiamo innanzitutto la circostanza che debba trattarsi di vera interpretazione – di una singola disposizione o dell'intero sistema normativo primario – e non possa invece trasformarsi, snaturandosi, in correzione/manipolazione del dato normativo.

E' quello che è stato significativamente individuato come il limite logico della nostra tecnica (Manes; Viganò): l'interpretazione conforme *contra legem* è in linea di principio esclusa perché non è più logicamente interpretazione, ma sotto la parvenza dell'interpretazione cela in realtà un'operazione – la non applicazione della legge per quello che essa dispone – che a seconda dei casi è vietata al giudice oppure, se gli è permessa, come di fronte alle norme dell'Unione europea direttamente applicabili, deve onestamente essere condotta alla luce del sole, e chiamata con il suo vero nome.

Tutto bene, dunque? Non del tutto. Gli studiosi, con toni allarmistici, denunciano da anni che la tendenza inarrestabile che ancora una volta sembra accomunare in un medesimo destino tutte le forme attuali di interpretazione conforme è quella di spingersi *oltre* il limite logico-fisiologico che si è detto. La tecnica sarebbe infatti troppo spesso utilizzata in modo non rigoroso, sfuggente, impalpabile, come espediente di comodo per ottenere il risultato voluto senza ricorrere alle misure più drastiche di cui si è detto.

Sono fondate queste preoccupazioni? Sì e no. A mio parere, l'esame della giurisprudenza *impone* piuttosto di *distinguere*, questa volta davvero nettamente, *tra i diversi tipi di interpretazione conforme*.

E' infatti *l'interpretazione conforme a Costituzione* quella che i giudici di ogni ordine e grado, tra l'altro seguendo l'insegnamento dello stesso giudice costituzionale, praticano con minori scrupoli (formali), piegando volentieri la legge al servizio delle norme costituzionali di cui essi ormai si sentono anch'essi a pari titolo *custodi*, insieme alla Corte costituzionale, anche se naturalmente con strumenti diversi.

Per quanto riguarda il diritto convenzionale, invece, la realtà a me pare invece molto diversa.

Innanzitutto la corte deputata a difenderlo, la Corte di Strasburgo, lo abbiamo detto, non discorre neppure di obbligo di interpretazione conforme a carico dei giudici nazionali; mentre la Corte costituzionale, che pure di questo obbligo discorre, non ha finora suggerito, in nome della Cedu, interpretazioni della legge particolarmente ardite e fantasiose.

Ma, detto questo per la Corte costituzionale, cosa deve dirsi per gli altri giudici italiani? Fanno davvero un uso eccessivo della tecnica dell'interpretazione conforme alla Convenzione europea, come parte della dottrina denuncia o teme? O, comunque, come e quanto la utilizzano?

Proviamo a rispondere a questa impegnativa domanda, precisando preliminarmente che esula dal campo della nostra indagine, naturalmente, tutta l'abbondantissima giurisprudenza che richiama la Convenzione europea a sostegno, in appoggio, di scelte interpretative già autonomamente e indipendentemente prese. Lo stile argomentativo che fa riferimento ai diritti fondamentali enunciati nella Cedu, è molto diffuso presso i giudici italiani, ma non è in alcun modo indice dell'applicazione, nel singolo caso concreto, della tecnica dell'interpretazione conforme, che si ha soltanto quando il giudice dichiara che la scelta tra più interpretazioni, considerate inizialmente tutte possibili, è stata determinata, o fortemente orientata, dalla considerazione del parametro esterno di riferimento, in mancanza del quale la scelta sarebbe stata diversa.

Andiamo per ordine. Dalla lettura della giurisprudenza comune di questi anni emerge quanto segue.

Non vi è alcun dubbio, innanzitutto, che i giudici italiani – sia le supreme giurisdizioni che i giudici di grado inferiore – conoscono bene e applicano senza alcuna difficoltà tutte le possibili regole e declinazioni della tecnica dell'interpretazione conforme e sono perfettamente consapevoli della sua doverosità, dopo tanta insistenza da parte della Corte costituzionale.

Non vi è alcun dubbio, inoltre, che essi attingono a piene mani all'interpretazione conforme non solo ordinariamente, ma anche nei casi 'difficili', dove l'intreccio tra fonti e tra ordinamenti è più intricato. Percorrendo questa strada, anzi, riescono a decidere casi 'difficilissimi' con saggezza ed equilibrio, evitando scelte inutilmente più costose e dolorose in termini ordinamentali interni ed esterni. Ne è un importante esempio la decisione delle sezioni unite penali della Cassazione in materia di efficacia probatoria delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio prima del dibattimento. In quella sentenza, infatti, le sezioni unite procedono, tra l'altro, a un'interpretazione conforme alla Convenzione europea e alla giurisprudenza di Strasburgo della stessa norma costituzionale sul giusto processo (art. 111 Cost.), in modo da evitare – molto saggiamente – di escludere l'incompatibilità della norma costituzionale con quella sovranazionale, e poi pervengono a interpretare a sua volta in modo conforme a Costituzione, e quindi a Convenzione, la previsione del codice di procedura penale che veniva in rilievo (art. 526 c.p.p.) (Cass., sez. un. pen., 14 luglio 2011, n. 27918).

Non vi è neppure alcun dubbio, infine, che è possibile imbattersi in operazioni interpretative conformi 'sospette', ovvero che sembrano ignorare il dato letterale della legge assomigliando piuttosto a sue correzioni o manipolazioni sotto mentite spoglie.

Tuttavia casi di questo genere sono rari, e presentano perlopiù una caratteristica comune: per sostenere la propria ardita interpretazione della legge, la motivazione del provvedimento giudiziale si richiama congiuntamente almeno a due, se non a tutti e tre i parametri di riferimento (costituzionale, dell'Unione europea o convenzionale). In questo senso Cassese.

E' soltanto la somma di più indicazioni interpretative convergenti, in altre parole, che forma una *miscela esplosiva*. In presenza di una simile convergenza dei parametri non c'è limite testuale della legge che tenga, e il giudice arriva a intendere il proprio dovere di interpretazione conforme non tanto come obbligo di mezzi quanto piuttosto come obbligo di risultato.

Una vicenda emblematica in questo senso è quella in materia di mandato di arresto europeo che culmina con la pronuncia delle sezioni unite penali del 2007 relativa al requisito ostativo della consegna costituito, in base alla legge italiana di attuazione della decisione quadro, dalla mancata previsione nella legislazione dello Stato di emissione di limiti massimi alla carcerazione (Cass., sez. un. pen., 30 gennaio 2007, n. 4614). In quella pronuncia le sezioni unite invece di sollevare questione di costituzionalità della legge, come forse sarebbe stato necessario dato il suo tenore testuale, che sembrava inserire una condizione ostativa non prevista e quindi vietata dalla normativa europea, ne sostengono una interpretazione conforme alla normativa dell'Unione europea e contemporaneamente all'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come vivente nella giurisprudenza di Strasburgo, riuscendo così nell'acrobatica operazione di conciliare, nel momento applicativo, tre differenti, e all'apparenza inconciliabili, indicazioni di diversa origine e provenienza. E, si deve sottolinearlo, alla prima occasione la Corte

costituzionale ha provveduto senza alcuna esitazione ad avallare l'operazione compiuta dalle sezioni unite.

Ma non è solo il giudice ordinario a sentirsi autorizzato a compiere salti mortali nell'interpretazione della legge quando più di un parametro di riferimento pare richiederglielo. Si può ricordare, ad esempio, l'orientamento costante del giudice amministrativo di primo grado che, in nome del "principio di effettività della tutela giurisdizionale evincibile dall'art. 24 della Costituzione e, più di recente, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sugli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", afferma che il commissario *ad acta* deve ritenersi investito del potere di emanare i necessari provvedimenti anche in deroga alle norme che disciplinano la competenza alla loro emanazione (come apportare variazioni nei capitoli di bilancio del ministero della Giustizia per ottemperare alla decisione della corte d'appello che aveva condannato il ministero all'indennizzo per l'irragionevole durata del processo) (Tar Campobasso – Molise, sez. I, 2 dicembre 2011, n. 807, e giurisprudenza dei giudici amministrativi di primo grado ivi citata).

Lo stesso Cassese ha segnalato altri casi d'interpretazione contemporaneamente conforme a plurimi parametri (Costituzione, diritto dell'Unione europea e Convenzione europea) molto vicina alla correzione o alla disapplicazione del dettato legislativo. Ha richiamato, in particolare, alcune pronunce – sempre del giudice amministrativo – che rileggono le disposizioni sul rinnovo del permesso di soggiorno previste dal testo unico sull'immigrazione sostenendo che la mancanza dei requisiti tassativi previsti dalla legge non giustifica automaticamente il diniego del rinnovo, dovendosi valutare anche ulteriori circostanze, tra le quali in particolare la presenza sul territorio italiano di figli minori e la pronuncia di un giudice ordinario di merito che ha annullato il provvedimento della questura che negava la carta di soggiorno a un cittadino extracomunitario coniugato in Spagna con un cittadino italiano del medesimo sesso.

Ma proviamo a esaminare le ragioni profonde della generale prudenza, o *self restraint*, dei giudici italiani nell'interpretazione conforme alla Cedu.

I motivi sono probabilmente due.

Il primo è che molti giudici, piuttosto che accogliere un'interpretazione della legge interna 'tirata' ed eccessivamente fantasiosa, preferiscono chiedere alla Corte costituzionale di dichiararla incostituzionale nella parte in cui contrasta con la norma convenzionale.

Se il giudice ha ben chiara la teoria, e cioè il divieto di disapplicare la legge interna; *se*, in altri termini, il giudice conosce senza tentennamenti la sequenza procedurale che è tenuto a seguire, non ha infatti alcun problema, dopo avere esperito un serio e misurato tentativo di interpretazione conforme della legge interna, e averne constatato l'impraticabilità, a sollevare la questione di costituzionalità. Ancora oggi i giudici si affidano molto volentieri alla Corte costituzionale per risolvere una volta per tutte, e con effetti generali, i casi che coinvolgono diritti fondamentali nei quali residua un margine di incertezza. E di fronte a un diritto convenzionale un margine di incertezza c'è quasi

sempre, data la sua provenienza da un contesto culturale diverso da quello nazionale, e quindi poco conosciuto.

Ma i giudici possono decidere di non praticare interpretazioni conformi alla Convenzione europea eccessivamente ardite anche per un secondo motivo, completamente opposto a quello ora descritto: perché, per raggiungere il medesimo risultato che avrebbero potuto ottenere con una interpretazione conforme fantasiosa, preferiscono far cadere il velo della finzione e dichiarare apertamente di volere disapplicare la legge interna per applicare *al suo posto* la Convenzione.

Questo accade *sia se* il giudice non ha ben chiara la teoria, perché non conosce le indicazioni della Corte costituzionale circa il sindacato accentrato di convenzionalità; *sia se*, pur conoscendole, non le condivide, e in particolare se ritiene che sia possibile e opportuno praticare nel nostro ordinamento un sindacato diffuso di convenzionalità.

Uno studio di Ilaria Carlotto di imminente pubblicazione che ho avuto la fortuna di leggere in anteprima offre un panorama della giurisprudenza comune inequivocabile. Dalla sua vastissima ricognizione emerge che la Cassazione e il Consiglio di Stato conoscono e seguono la sequenza procedurale indicata dalla Corte costituzionale, e di fronte a un contrasto tra una legge interna e una norma convenzionale dapprima tentano l'interpretazione conforme e, se questa non riesce, piuttosto che forzarla eccessivamente preferiscono sollevare la questione di costituzionalità. Al contrario, tra i giudici ordinari di merito, i tribunali amministrativi regionali e i giudici contabili, nota l'autrice, "si sta affermando la convinzione che, nella risoluzione delle antinomie tra legge statale e Convenzione europea, esistano oramai due tesi contrapposte: l'una, sostenuta dalla Corte costituzionale, a favore del giudizio accentrato; l'altra, sostenuta da una parte della giurisprudenza comune, a supporto di un sindacato diffuso".

L'autrice rileva anche che molto spesso la disapplicazione della legge italiana, per fare posto alla norma convenzionale, è solo ipotizzata come possibile, e poi non effettivamente praticata, ma nota che casi di vera e propria disapplicazione (non mascherati da interpretazione conforme) esistono. I giudici che la praticano sono dalla stessa autrice divisi in tre categorie, a seconda dell'atteggiamento tenuto nei confronti delle chiare indicazioni della Corte costituzionale: abbiamo così giudici 'ribelli-inconsapevoli', i quali procedono alla disapplicazione della legge perché ignorano la posizione della giurisprudenza costituzionale oppure per semplice superficialità; giudici 'ribelli-forse inconsapevoli', perché dalle loro pronunce non si capisce quanto conoscano la giurisprudenza costituzionale e se la violano in piena coscienza; e, infine, giudici 'veri ribelli', perché praticano il sindacato diffuso di convenzionalità contestando apertamente l'opposta impostazione della Corte costituzionale. Questi ultimi sono tuttavia – per ora – un'esigua minoranza.

Ma, accanto a queste due spiegazioni, potrebbe esserci un'altra interessante ragione della maggiore prudenza, o misuratezza, con cui i giudici comuni procedono all'interpretazione conforme alla Cedu rispetto all'interpretazione conforme a Costituzione. Si tratta di un elemento di notevole importanza, sui cui tuttavia la dottrina

non si è soffermata fino a ora con la dovuta attenzione, e che si potrebbe riassumere in questi termini: nell'interpretazione conforme alla Cedu – ma per verità anche in quella conforme al diritto dell'Unione europea – lo spazio discrezionale del giudice si presenta notevolmente ridotto rispetto a quello, più ampio, di cui egli gode quando il parametro di raffronto è la Costituzione, al punto tale da rendere poco desiderabile, oltre che meno utile, l'utilizzo della tecnica.

Bisogna infatti ora fare un passo indietro e ricordare che all'interpretazione conforme il giudice arriva sempre a seguito di quella che è stata efficacemente chiamata una *duplex interpretatio* (Modugno): l'interpretazione cioè *sia* della legge *sia* dell'altra previsione normativa a cui il giudice è comunque 'soggetto', che di volta in volta è appunto la Costituzione, il diritto dell'Unione o il diritto convenzionale.

Soltanto nell'interpretazione conforme a Costituzione, tuttavia, entrambe le operazioni sono nella piena disponibilità del giudice, nel senso che egli può giocare contemporaneamente su entrambi i testi a confronto, mettendoli in tensione l'uno verso l'altro, fino a far convergere il loro significato in sede applicativa. Nell'interpretazione conforme al diritto europeo, al contrario, anche un solo intervento della Corte di Strasburgo o di Lussemburgo inibisce al giudice del caso concreto di disporre liberamente del parametro di raffronto, sia esso il diritto dell'Unione europea o il diritto convenzionale, perché il suo significato gli si presenta già fissato o comunque pregiudicato da quell'intervento.

Il tentativo d'interpretazione conforme al diritto europeo è spesso, in altre parole, un'operazione 'a senso unico', perché è la legge che deve essere portata verso il diritto europeo, e non anche viceversa. L'adattamento verso cui tende è unilaterale, e non reciproco, perché è soltanto la legge a doversi piegare al diritto europeo, e non anche il contrario.

La tecnica dell'interpretazione conforme viene così a perdere una buona dose di flessibilità, e per il giudice italiano perde anche tutto il suo *appeal*: il dovere d'interpretazione conforme smette in alcuni casi di essere una straordinaria risorsa e rischia di trasformarsi in una 'morsa' che stringe il giudice fino quasi a soffocarlo (Bignami).

Un simile assetto sembrerebbe del tutto ragionevole dalla prospettiva esterna, dell'Unione europea o del Consiglio d'Europa – perché il diritto europeo viene a essere per tutti ciò che le due corti europee dicono che sia –, ma nasconde tuttavia *un paradosso* che ne mina le fondamenta.

E' infatti alla sola giurisprudenza costituzionale che si deve l'affermazione, nell'ordinamento italiano, di una versione più calcata e insistita di quelle comunemente accolte negli altri ordinamenti europei sia del *monopolio interpretativo* della Corte di Lussemburgo sulle norme dell'Unione europea, sia del *monopolio interpretativo* della Corte di Strasburgo sulle norme convenzionali. Mentre – ed ecco il paradosso – la Corte costituzionale italiana non ha mai neppure tentato seriamente di imporre ai giudici italiani, il proprio monopolio interpretativo sulle norme costituzionali. Le interpretative

di rigetto, infatti, come è noto, sono solo dei buoni e autorevoli consigli per i giudici sia per il modo di interpretare la legge sia per il modo di interpretare la stessa Costituzione.

Mi soffermo solo sul monopolio interpretativo della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla Convenzione. Mi preme sottolineare che in un panorama dottrinario europeo estremamente diviso e di fronte alla stessa giurisprudenza di Strasburgo che non ne fa parola, la giurisprudenza costituzionale lo ha inizialmente affermato e poi ribadito, a partire dalle sentenze gemelle di fine 2007, nella sua versione più cieca, discorrendo di un vincolo interpretativo assoluto alla giurisprudenza di Strasburgo, gravante su tutti gli organi giurisdizionali del nostro ordinamento, Corte costituzionale compresa.

Allora quella presa di posizione, che definirei una vera e propria scelta di politica giudiziaria, era consigliata – quasi imposta – alla nostra Corte costituzionale da apprezzabilissime considerazioni di opportunità. Le sentenze gemelle di fine 2007, infatti, rappresentavano la prima vera occasione in cui la Corte costituzionale italiana aveva l'opportunità di porre le basi della sua relazione con la Corte europea dei diritti dell'uomo e con la sua giurisprudenza.

Le altre posizioni assunte nelle medesime sentenze costituzionali, tuttavia, non avrebbero certo aiutato a costruire un buon rapporto nel futuro, ed erano anzi un pessimo esordio. Pensiamo al divieto di disapplicare le leggi interne contrastanti con le norme costituzionali e alla collocazione della Cedu in posizione subordinata alla Costituzione italiana.

Dunque la nostra Corte costituzionale, per compensare almeno parzialmente quelle altre due scelte sicuramente sgradite alla Corte europea, in occasione del loro primo incontro non avrebbe potuto fare altro che quello che ha fatto: offrirle in cambio su un piatto d'argento il monopolio interpretativo assoluto sulla Convenzione europea, rinunciando per se stessa e per tutti i giudici italiani a qualsiasi velleità di interpretare in chiave nazionale le previsioni convenzionali, e quindi rinunciando a una vera e propria quota di sovranità in favore della Convenzione europea e del suo giudice.

Era evidente, tuttavia, che una posizione così rigidamente supina rispetto alla giurisprudenza di un altro giudice non poteva reggere a lungo.

Se la Corte fosse rimasta ferma su questa posizione iniziale, infatti, l'unica via per evitare di dichiarare incostituzionali le numerosissime leggi interne denunciate per il contrasto con la Convenzione europea sarebbe stato il *distinguishing*, la tecnica utilizzata nei paesi di *common law* dai giudici inferiori per sottrarsi al vincolo del precedente di una corte superiore. Una tecnica, tra l'altro, che era da costruire da zero nel nostro ordinamento ma che tuttavia la Corte costituzionale si è impegnata fin da subito a esplorare.

La sfida era molto impegnativa. Di fronte a una giurisprudenza casistica come quella europea, che offre risposte concrete e singoli problemi concreti, e non enuncia massime di diritto di natura generale e astratta, una Corte costituzionale che giudica una legge contenente appunto norme generali e astratte deve modificare il proprio modo di ragionare (V. Zagrebelsky), perché è chiamata innanzitutto a verificare se il caso concreto sottoposto al suo giudizio – il caso controverso nel giudizio *a quo* – presenta

elementi di assimilazione o di differenza rispetto al caso deciso dalla Corte di Strasburgo, e solo a seguito di questa valutazione può decidere poi il diritto, e cioè la questione di costituzionalità pendente.

Il ‘metodo del precedente’, tuttavia, pur rivelatosi utile e necessario in molte circostanze, si è dimostrato presto insufficiente nei casi, difficilissimi, nei quali la Corte costituzionale, per considerazioni legate alle peculiarità del nostro ordinamento, desiderava salvare una legge italiana le cui conseguenze fossero inequivocabilmente difformi dalla Convenzione europea così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Penso ad esempio a quella particolare categoria di leggi molto utilizzate in Italia – sia per rimediare una legislazione caotica, sia per porre un freno a un contenzioso imponente, sia per contenere le voragini alle finanze pubbliche causate appunto sia dalla legislazione caotica che dal relativo contenzioso – e cioè alle leggi di interpretazione autentica le quali, se ci si attendesse scrupolosamente all’interpretazione dell’art. 6 della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, dovrebbero tutte essere dichiarate incostituzionali.

Per non piegarsi supinamente al giudizio negativo di Strasburgo e mantenere il proprio margine di apprezzamento la Corte costituzionale ha così nel tempo affiancato alla tecnica del *distinguishing*, rivelatasi insufficiente in casi come questi (Guazzarotti), due tipi di strategie completamente diverse tra loro. A seconda dei casi, e a volte in modo contraddittorio, essa tuttora ricorre all’una o all’altra delle due.

La prima strategia è stata inaugurata dalle sentenze gemelle ‘cresciute’ di fine 2009, la 311 e la 317. A partire da quella data la Corte costituzionale ha affermato che è suo compito evitare che l’ingresso delle norme convenzionali, così come ricostruite dalla Corte di Strasburgo, provochi, anziché un innalzamento, un arretramento del livello di tutela dei diritti già garantito nell’ordinamento italiano. Solo la Corte costituzionale, infatti, e non la Corte di Strasburgo, può offrire una tutela “sistemica” e “non frazionata” dei valori coinvolti. Al principio della “massima espansione delle garanzie” si richiama soprattutto la recente sentenza costituzionale n. 264 del 2012 (caso pensioni svizzere) che rifiuta di adeguare l’ordinamento interno alla pronuncia di condanna dell’Italia resa dalla Corte di Strasburgo sul noto caso *Maggio*.

Questa prima strategia, dunque, non nega che la Corte di Strasburgo abbia il monopolio interpretativo sulla Convenzione, ma afferma che a seguito di un’operazione di bilanciamento con gli altri diritti costituzionalmente garantiti la Corte costituzionale italiana possa rifiutarsi di dare ingresso alla norma convenzionale costruita dalla Corte di Strasburgo.

La seconda strategia, al contrario, nega proprio che la Corte europea sia dotata del potere di interpretare autenticamente la Convenzione europea.

Nel 2011, infatti, a distanza di circa quattro anni dal suo primo appuntamento con la Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale italiana si è in parte rimangiata la sua romantica promessa di assoluta fedeltà alla giurisprudenza europea, e ha affermato di potere esercitare quel famoso margine di apprezzamento già nell’atto di valutare la giurisprudenza di Strasburgo che viene in rilievo su una certa disposizione della

Convenzione (Corte cost., sent. n. 236 del 2011, par. 9 del Considerato in diritto. La stessa affermazione è riprodotta in Corte cost., ord. n. 150 del 2012 e in Corte cost., sent. n. 230 del 2012). Ha quindi dichiarato che, pur non potendo “prescindere dall’interpretazione della Corte di Strasburgo di una disposizione della Cedu”, essa può “nondimeno, *interpretarla a sua volta*, beninteso nel rispetto sostanziale della giurisprudenza europea formatasi al riguardo” (Corte cost., sent. n. 303 del 2011, par. 4.2. del Considerato in diritto; di vedano poi anche Corte cost., sent. n. 15 del 2012 e ord. n. 150 del 2012).

La seconda strategia messa in atto dalla Corte costituzionale, dunque, prevede che per assegnare un significato applicativo alla Convenzione il giudice italiano deve considerare attentamente la giurisprudenza di Strasburgo, ma non è tenuto a rispettarla in tutto e per tutto, bensì appunto soltanto “nella sua sostanza”, e cioè, potremmo dire, nelle sue linee generali, potendosene invece discostare per dettagli anche significativi.

Tutto il contrario, in altri termini, del sistema a precedente vincolante di *common law*! Il richiamo alla “sostanza”, infatti, “offre il destro alla Corte per far luogo a vistose selezioni e manipolazioni della giurisprudenza europea” (Ruggeri in commento 264).

Ma se nel corso di questi cinque anni che ci distanziano dalle sentenze gemelle del 2007 la Corte costituzionale ha saggiamente trovato i modi per smarcarsi dall’assoluta soggezione alla giurisprudenza di Strasburgo che essa stessa si era auto-imposta, la medesima – se non una più ampia – possibilità di liberarsi dalla “morsa” che li stringe deve essere oggi riconosciuta ai giudici comuni, se non altro perché nei loro confronti, diversamente che nei confronti della Corte costituzionale, vale ancora l’art. 101, secondo comma, della Costituzione, che impone la loro soggezione solo alla legge, ed esclude di conseguenza che essi siano “soggetti” ai precedenti di altri giudici (Bignami; Ferrua).

In questo modo, tra l’altro, ne risulta legittimato *a posteriori* l’atteggiamento che i giudici comuni, e in particolare la Corte di Cassazione, avevano continuato a tenere nonostante il divieto iniziale della Corte costituzionale: quello appunto di porre delle pesanti ‘riserve’ al monopolio interpretativo di Strasburgo allo scopo di provare a rimodulare l’obbligo internazionale tenendo conto delle peculiarità dell’ordinamento nazionale, in ipotesi ignorate o trascurate dalla Corte europea.

L’esempio più importante di questo modo di procedere, lo ricordo, è stata la ‘trattativa’ con la Corte europea condotta con successo dalla Cassazione civile sul contenuto della norma convenzionale relativa alla ragionevole durata dei processi, che ha avuto come risultato finale quello di imporre a Strasburgo la soluzione italiana, contenuta nella legge Pinto, che indica come risarcibili non già tutti gli anni del processo eccessivamente lungo, come voleva Strasburgo, bensì soltanto gli anni che eccedono quelli di durata ragionevole.

Si può quindi dire che oggi i giudici comuni, nel momento in cui sono chiamati ad assegnare un significato applicativo alle disposizioni della Convenzione europea – e cioè sia quando interpretano la legge interna in senso conforme ad essa, sia quando constatano il fallimento del tentativo di interpretazione conforme e sollevano la questione di legittimità costituzionale – non hanno altro *onere* che quello di ricercare, conoscere, valutare con attenzione e tenere seriamente conto della giurisprudenza di

Strasburgo. E non si tratta comunque di un onere leggero, data l'ormai quasi ingestibile mole delle pronunce della Corte europea e il non indifferente ostacolo linguistico e in senso lato culturale alla loro lettura e comprensione (raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del 24 gennaio 2012 1991(2012); risposta del Comitato dei Ministri del 12 settembre 2012, CM/AS(2012)Rec1991 final; memorandum del segretariato del Comitato affari legali e diritti umani dell'Assemblea parlamentare del 3 dicembre 2012, AS/Jur (2012) 42).

Le conseguenze positive del nuovo corso più disinvolto della giurisprudenza costituzionale si apprezzano sia sul piano esterno che su quello interno.

Sul piano esterno, la possibilità per i giudici italiani, Corte costituzionale compresa, di fare valere, in un modo o nell'altro, il proprio margine di apprezzamento pone finalmente l'ordinamento italiano nelle condizioni di partecipare alla fondamentale opera condotta dalla giurisprudenza di Strasburgo di fare vivere il testo della Convenzione europea alla luce delle condizioni attuali, perché mette a disposizione, a tale scopo, tutto il prezioso patrimonio della tradizione costituzionale italiana.

Auspicare una maggiore libertà interpretativa del testo della Convenzione non significa infatti, come forse alcuni temono, spingere i giudici nazionali ad arroccarsi nella scacchiera costituzionale (Manes), ma piuttosto chiedere loro di portare con coraggio all'attenzione di Strasburgo il punto di vista della tradizione giuridica italiana e tutta la straordinaria ricchezza dei suoi bilanciamenti, che altrimenti a Strasburgo non ha, lo sappiamo benissimo, avvocati difensori altrettanto capaci di sostenerla e difenderla.

Sul piano interno, invece, il recupero del margine di discrezionalità nella lettura delle norme convenzionali serve certamente a legittimare un uso migliore, anche se più frequente, della tecnica dell'interpretazione conforme da parte dell'autorità giudiziaria: il contrasto tra una previsione di una legge nazionale e la Convenzione europea, infatti, potrà essere escluso o sanato dal giudice in via interpretativa operando contemporaneamente sui due fronti normativi, come già accade attualmente con l'interpretazione conforme a Costituzione, ovvero non solo avvicinando il significato della legge a quello della Convenzione, ma anche viceversa, attribuendo alla Convenzione un significato che tenga conto insieme *sia* della giurisprudenza di Strasburgo *sia* delle esigenze ordinamentali interne. Con il risultato di consentire che si esplichino appieno la "naturale vocazione dei materiali normativi riguardanti i diritti ... a reciprocamente integrarsi e sorreggersi nelle pratiche interpretative" (Ruggeri).

E, del resto, era davvero opportuno che si arrivasse ad assegnare alle pronunce della Corte di Strasburgo un 'peso' minore nei confronti degli organi giurisdizionali italiani di quello che hanno le pronunce della Corte di Lussemburgo. A parte ogni considerazione di tipo teorico e sistematico, inerente al differente ruolo che ognuna delle due corti europee svolge nel proprio sistema, su cui qui non ci si vuole impegnare, basti ricordare che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è un diritto a maglie larghissime, mentre il diritto dell'Unione europea – il diritto derivato ma anche lo stesso diritto dei trattati – presenta comunque una trama più fitta e stringente, se non addirittura dettagliata.

Molto maggiore, quindi, è lo spazio che può essere riempito di contenuti discrezionali dalla Corte di Strasburgo, molto minore, invece, quello a disposizione della Corte di Lussemburgo. Del tutto ragionevole, di conseguenza, è evitare che la fondamentale funzione spettante agli organi giurisdizionali italiani, di interpretare il diritto interno in modo conforme al diritto europeo, assicurando un ‘collegamento’ costante e proficuo tra i due sistemi, resti in balia di una giurisprudenza altamente discrezionale e sostanzialmente priva di vincoli testuali, come è quella della Corte di Strasburgo relativa al significato della Convenzione europea, e accettare invece che essa dipenda da una giurisprudenza che interviene ‘chirurgicamente’ sul significato delle norme dell’Unione europea, e tra l’altro solo quando gli stessi giudici nazionali lo ritengono necessario, come è la giurisprudenza di Lussemburgo.

