



**Dottorato di ricerca in discipline giuridiche
Curriculum Diritto europeo su base storico-comparatistica
XXIX Ciclo**

Tesi di dottorato

**La tutela multilivello dei diritti:
Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte Costituzionale.**

Ill.mo Prof. Giandonato Caggiano
Docente Guida

Gaia Calafiore
Dottoranda

INDICE

Introduzione

PARTE I: PROFILI INTRODUTTIVI

CAPITOLO 1

L'EFFICACIA DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

1. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze della Corte europea.
2. L'efficacia di “res iudicata inter partes”.
3. Il rimedio dell'*equa soddisfazione* ex art. 41 CEDU.
 - 3.1. *Segue*: Il potere della Corte di accordare misure a portata individuale o generale.
 - 3.2. *Segue*: La procedura della sentenza pilota.
 - 3.3. *Segue*: Il “rimedio” del mutamento della giurisprudenza nazionale.
4. Il controllo del Comitato dei ministri.
5. L'efficacia di “res interpretata inter partes”.
6. Efficacia interpretativa *erga omnes*.
7. Il Protocollo n. 16 e la “nuova” funzione consultiva della Corte Edu.

CAPITOLO 2

MARGINE DI APPREZZAMENTO, CONSENSO EUROPEO E BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI.

1. La dottrina del margine di apprezzamento: *ratio* giustificatrice e ambito di applicazione.
2. Principio di sussidiarietà e margine di apprezzamento.
3. Le condizioni di operatività del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Edu.
 - 3.1 *Segue*: Le prime applicazioni.
 - 3.2. *Segue*: L'applicazione agli articoli 8-11 CEDU.
 - 3.3. *Segue*: L'applicazione nel Protocollo n.1 della Convenzione e nell'art. 6 CEDU.

PARTE II: CORTE COSTITUZIONALE E GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

CAPITOLO 1

LA CORTE COSTITUZIONALE SUL VALORE DELLA CEDU NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

1. Sentenze della Corte costituzionale n.348 e 349/2007.
2. Il ruolo dei giudici nazionali e l'efficacia delle sentenze della Corte Edu.
3. Il bilanciamento tra le esigenze di garantire il rispetto degli obblighi internazionali ed evitare un *vulnus* alla Costituzione.

CAPITOLO 2

GIUDICATO E PROCESSO EQUO.

1. Premessa

A. La giurisprudenza della Corte Edu: il caso Dorigo.

B. La giurisprudenza della Corte costituzionale

B.1. La sentenza n.129/2008 dichiara l'infondatezza della questione sollevata e sollecita l'intervento del legislatore.

B.2. La sentenza n.113/2011 trova un meccanismo per adeguare l'ordinamento italiano dopo aver constatato la persistente assenza dell'intervento del legislatore.

CAPITOLO 3 IL CASO DELLE "PENSIONI SVIZZERE".

1. Leggi di interpretazione autentica e motivi imperativi di interesse generale.

A. La giurisprudenza della Corte Edu

A.1. Sentenza Maggio e altri c. Italia.

A.2. Sentenza Stefanetti e altri c. Italia.

B. La giurisprudenza della Corte costituzionale

B.1. La sentenza n.172/2008.

B.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 264/2012: valutazione sistemica e non frazionata nella tutela dei diritti fondamentali.

B.3. Una nuova ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale.

CAPITOLO 4

IL CASO DEL PERSONALE SCOLASTICO "ATA" E IL TRATTAMENTO PENSIONISTICO DELLA GESTIONE COMMERCianti.

1. Ancora sulle leggi di interpretazione autentica e motivi imperativi d'interesse generale.

A. La giurisprudenza della Corte Edu

A.1. Il caso Agrati e altri c. Italia.

A.2. Il caso Montalto e altri c. Italia.

B. La giurisprudenza della Corte costituzionale

B.1. La sentenza n. 234/2007.

B.2. La sentenza della Corte costituzionale n.311/2009: la competenza a un rinnovato e autonomo bilanciamento di interessi nel giudizio di costituzionalità.

B.3. La sentenza della Corte costituzionale n. 15/2012.

CAPITOLO 5

LA CONFISCA URBANISTICA EX ART. 44 DPR 380/2001 PER IL REATO DI LOTTIZZAZIONE ABUSIVA.

1. La questione relativa alla natura della confisca urbanistica e la nozione autonoma di materia penale della Corte di Strasburgo.

A. La giurisprudenza della Corte Edu

A.1. La prima sentenza sul caso di Punta Perotti.

A.2. La seconda sentenza sul caso di Punta Perotti.

A.3. Il caso Varvara c. Italia.

B. Il giudice comune si adegua alla sentenza della Corte Edu

C. La sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale.

C.1. L'oggetto della questione di legittimità costituzionale: la legge di ratifica e di esecuzione della CEDU o la singola norma nazionale?

C.2. Il diverso valore della giurisprudenza "consolidata" rispetto alle "pronunce isolate": le condizioni per poter sollevare questione di legittimità costituzionale.

CAPITOLO 6

LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA.

- 1. Procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.**
 - A. La giurisprudenza della Corte Edu: il caso SH e altri c. Austria.**
 - B. La Consulta rimette la questione di legittimità ai giudici *a quo* alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte Edu.**
 - C.1. La sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014.**

- 2. Il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per coppie non sterili o inferitili.**
 - A. La giurisprudenza della Corte Edu: il caso Costa-Pavan.**
 - B. La “disapplicazione” della legge 40/2004 da parte del giudice di merito per contrasto con la CEDU.**
 - C. La giurisprudenza della Corte costituzionale**
 - C.1. La sentenza n. 96/2015.**
 - C.2. La sentenza n. 229/2015.**

- 3. Il divieto di sperimentazione sugli embrioni per finalità di ricerca scientifica**
 - A. La giurisprudenza della Corte Edu: il caso Parillo c. Italia.**
 - B. La giurisprudenza della Corte costituzionale**
 - B.1. La Corte sospende la decisione di costituzionalità, in attesa della sentenza sul caso Parillo.**
 - B.2. La sentenza n. 84/2016.**

CAPITOLO 7

IL DIRITTO DELL'ADOTTATO A CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI.

- 1. Margine di discrezionalità e bilanciamento di interessi.**
 - A La giurisprudenza della Corte Edu: il caso Godelli c. Italia.**
 - B La giurisprudenza della Corte costituzionale**
 - B.1. La sentenza n.425/2005.**
 - B.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013.**

CAPITOLO 8
LA VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM* E IL DOPPIO BINARIO
SANZIONATORIO IN MATERIA DI ABUSO DI INFORMAZIONI
PRIVILEGIATE, MANIPOLAZIONE DEL MERCATO E IN
MATERIA TRIBUTARIA.

1. L'abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato.

A. La sentenza Grande Stevens e altri c. Italia.

A.1. Il doppio binario penale-amministrativo viola il principio del *ne bis idem*.

A.2. L'applicazione dei principi ex articoli 6 e 7 CEDU al diritto penale in senso stretto.

B. Le ricadute nell'ordinamento italiano.

B.1. Il giudice ordinario si pronuncia sui fatti concernenti manipolazioni del mercato.

B.2. Il giudice ordinario si pronuncia sui fatti concernenti abuso di informazioni privilegiate.

C. La Corte costituzionale dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale.

2. *Segue*: I principi di diritto della sentenza *Grande Stevens* devono applicarsi nel processo Eternit.

2.1. La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.

3. La violazione del *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio in materia tributaria.

A. La giurisprudenza della Corte Edu

A.1. La sentenza Niskanen c. Finlandia.

A.2. La sentenza Kiiveri c. Finlandia.

A.3. La sentenza A&B c. Norvegia.

A.3.1 Le questioni rimesse alla Grande Camera.

A.3.2 Il principio di diritto.

A.3.3 Conclusioni.

B. La giurisprudenza italiana.

B.1. La giurisprudenza della Corte di cassazione.

B.2. Il giudice ordinario si rivolge alla Corte costituzionale.

C. La Corte costituzionale restituisce gli atti al giudice remittente.

4. I principi della giurisprudenza Cedu sul *ne bis in idem* si applicano anche alla sanzione della decadenza dal mandato parlamentare? (in attesa di una sentenza nel caso Berlusconi).

4.1. La sentenza della Corte di cassazione.

4.2. La natura penale delle disposizioni in materia di incandidabilità e decadenza dal mandato parlamentare e la violazione dell'art. 7 CEDU.

Conclusioni

Bibliografia

Introduzione

I rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito: Corte Edu) e Corte costituzionale si inseriscono nell'ambito di una tutela multilivello dei diritti¹ dovuta "alla partecipazione degli Stati a forme di cooperazione internazionale o integrazione che assumono il rispetto dei diritti dell'uomo come obiettivo primario"².

Tale tutela impegna diversi sistemi giuridici: il sistema CEDU, l'ordinamento dell'Unione europea e l'ordinamento nazionale.

Nel presente lavoro ci si soffermerà unicamente sulle diverse modalità di tutela e di garanzie offerte rispettivamente dal sistema CEDU e dall'ordinamento italiano.

L'esistenza di un sistema di tutela multilivello di diritti presuppone la presenza di diversi strumenti giuridici mediante i quali garantirne una protezione formale e sostanziale: la Convenzione europea dei diritti dell'uomo³ (di seguito: CEDU) e la Costituzione italiana⁴.

La CEDU rappresenta "il meccanismo di protezione internazionale dei diritti dell'uomo più efficiente ed efficace tra quelli fin qui istituiti tanto a livello universale quanto a livello regionale"⁵. Invero, da un lato, prevede un

¹ F.FERRARO, *Conflitti tra organi giurisdizionali: evoluzione e (in)certezza del diritto europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, n.1/2016, pp. 57-84; P. FUSARO, *Il linguaggio non verbale della Corte Costituzionale: la 'politica giudiziaria' nei confronti della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 5/2011, pp. 507-536. L'origine della formula "tutela multilivello dei diritti" è connessa alla teoria del "costituzionalismo multilivello" che si deve a I. PERNICE, *Multilev Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitutionalism Making Revisited*, in *Common Market Law Review*, 1999, pp. 703 e ss.

² A. DI STASI, *Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, p. 8, CEDAM, 2016.

³ Firmata il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953. La CEDU è stata ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848.

⁴ Approvata il 22 dicembre 1947 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1948.

⁵ R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571.

meccanismo di ricorsi giurisdizionali sia statali (art. 33) che individuali (art. 34). Dall'altro, l'organo giurisdizionale dinanzi al quale tali ricorsi sono presentati è titolare di un potere di controllo sul corretto adempimento degli obblighi convenzionali⁶.

L'art. 1 CEDU statuisce che “le Alte Parti contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione”. Per effetto di tale disposizione, dunque, gli Stati aderenti sono tenuti a rendere compatibile il loro diritto interno con la CEDU. In altri termini, gli obblighi che da essa discendono impongono di assicurare lo standard minimo di protezione garantito dalla CEDU e vietano una forma di tutela inferiore rispetto a quella prevista dal sistema CEDU⁷. I diritti garantiti dalla CEDU, dunque, si “limitano a stabilire un controllo esterno” rispetto al sistema di protezione di ciascun ordinamento nazionale, attivabile qualora “tali sistemi non assicurino il livello di tutela voluto dalla Convenzione⁸”.

La presenza di un sistema di tutela multilivello impone di dover valutare in che termini siano concepiti i rapporti tra organi giurisdizionali appartenenti a sistemi diversi⁹.

⁶ *Ibidem*. Per tali motivi il sistema CEDU ha natura mista di sistema essenzialmente giurisdizionale, non privo, però, di elementi tipici del controllo internazionale.

⁷ Come è noto, infatti, il sistema CEDU non si sostituisce all'ordinamento interno, essendo ausiliario e sussidiario rispetto a quest'ultimo. L'art. 53 CEDU, inoltre, statuisce che la Convenzione non possa essere interpretata nel senso di impedire una tutela più estesa dei diritti convenzionali derivante dal diritto interno o da ogni altro accordo a cui ogni Parte contraente partecipi. Si veda *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 dicembre 1992, Edwards c. Regno Unito, par. 34. “La Corte non è una quarta istanza, non è suo compito giudicare sui pretesi errori di diritto dei tribunali nazionali o sostituire la sua valutazione a quella dei tribunali interni”. Si veda altresì D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di) *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee*, pp. 71 e ss. Secondo l'A. la Corte Edu, si pone come “una sorta di giurisdizione sussidiaria delle libertà, i cui effetti l'ordinamento nazionale è chiamato ad ascoltare”.

⁸ E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di) *I controlimiti - Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2016, p.51.

⁹ Sul piano sovranazionale la Corte Edu, istituita nel 1959 in seno al Consiglio d'Europa e divenuta organo permanente con l'entrata in vigore del Protocollo XI nel 1998. Sul piano nazionale i tre gradi di giudizio a cui si accompagna la competenza di legittimità sugli atti dello Stato e delle Regioni riservata alla Corte Costituzionale. Si veda U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 20, secondo cui “oggi il rapporto tra l'ordinamento italiano e la Convenzione europea non è solo un rapporto tra fonti, ma anche tra giudici”.

Se è innegabile che una sistema multilivello garantisce una tutela più ampia dei diritti fondamentali¹⁰ in tutti quei casi in cui sia possibile un'integrazione e un coordinamento tra i diversi sistemi giuridici, nondimeno potrebbe portare all'erosione di una porzione di sovranità dello Stato a cui generalmente compete in via esclusiva la tutela e il bilanciamento dei diritti¹¹. Non sempre, infatti, è possibile giungere a una una cooperazione tra organi giurisdizionali (operanti in ordinamenti differenti) e dunque a una "massimizzazione della tutela dei diritti"¹². Ciò in quanto l'esistenza di sistemi giuridici differenti aumenta le probabilità di antinomie e contraddizioni a causa delle difficoltà di integrazione e coordinamento tra tali sistemi di protezione¹³. Lo stadio di integrazione e di interazione, quindi, dipende dalla capacità dei singoli sistemi di coordinarsi, attraverso la cooperazione tra i massimi organi deputati alla tutela dei diritti fondamentali. Ove tale cooperazione manchi, il confronto tra organi giurisdizionali si traduce in un vero e proprio conflitto tra Corti nazionali ed europee¹⁴.

¹⁰ Non manca chi constata che l'esistenza di più sistemi giuridici predisposti alla tutela dei diritti crea uno "ius comune dei diritti", L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002, pp. 15 e ss.

¹¹ A. DI STASI, già cit. sub-nota 2. In senso analogo, P. FUSARO, già cit. sub-nota 11, p. 508. L'A. osserva che l'esistenza di una molteplicità di fonti normative, al di là della Costituzione, "genera difficoltà di coordinamento, posto che dal processo d'integrazione tra livelli di scrittura e di protezione dei diritti scaturiscono problemi di relazioni intersistemiche, di collegamenti funzionali e di individuazione di 'gerarchie' tra i differenti impianti normativi". Non solo ma "l'irruzione di fonti esterne (...) pone in crisi il monopolio costituzionale della disciplina delle fonti primarie".

¹² Così A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Riv. AIC*, 1/2011, (online); Id., *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in www.diritticomparati.it.

¹³ Si vedano *ex multis*, A. TIZZANO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, pp. 839 e ss; S. M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, pp. 1 e ss.

¹⁴ Si veda, F.FERRARO, già cit. sub-nota 1, p.57, secondo cui una delle principali conseguenze della mancata cooperazione tra organi giurisdizionali appartenenti a sistemi giuridici diversi, è la possibile erosione del principio cardine della certezza del diritto che dovrebbe trovare piena attuazione in un campo come quello dei diritti fondamentali. Tale principio, infatti, rischia di essere "messo a dura prova da tali continue situazioni di conflitto tra organi giurisdizionali". Come è noto, invero, il principio della certezza del diritto ha come destinatari diretti il legislatore e l'interprete. Il primo è obbligato, nella descrizione delle fattispecie legali, a una formulazione chiara e precisa, affinché il destinatario della norma giuridica sia in grado di comprendere le conseguenze della propria condotta. Al contempo, gli operatori del diritto sono tenuti a un'interpretazione e a un'applicazione delle norme giuridiche quanto più uniforme possibile. È l'uniforme applicazione del diritto, infatti, che garantisce la certezza del diritto.

Nei rapporti con il sistema CEDU non si è ancora giunti a uno stadio di integrazione e di coordinamento pieno.

Con il presente lavoro si cercherà di evidenziare i possibili profili di contrasto tra ordinamento nazionale e sistema CEDU, in particolare in relazione ai rapporti tra Corti.

In via preliminare, è bene rilevare che i profili di possibile interferenza dipendono innanzitutto dalla circostanza che i giudici nazionali rivestono un ruolo fondamentale nell'applicazione del diritto convenzionale. Tanto è vero che ai sensi dell'art. 1 CEDU, è compito delle autorità nazionali e in particolare dei giudici nazionali, far rispettare i diritti e le libertà garantite dalla Convenzione. Per tali ragioni, l'applicazione del diritto convenzionale può giungere a soluzioni divergenti. A ciò si aggiunga che la Corte costituzionale italiana, ha cercato di affermare, a tutti i costi, una propria competenza esclusiva come "giudice costituzionale dei diritti". In particolare, attraverso una serie di pronunce ha definito le modalità procedurali del controllo di convenzionalità delle norme interne, così mostrando "di essere poco propensa a perdere tale ruolo o a condividerlo "verso l'alto", a favore della Corte Edu"¹⁵. Tale controllo, che consente di verificare la conformità delle disposizioni interne con la CEDU, sembra assumere i connotati e le forme del controllo di costituzionalità. Infatti, la Corte, come vedremo, ha oramai attratto in un giudizio di costituzionalità accentrato, tutte le questioni relative ad ipotetiche antinomie tra norma interna e CEDU.

Ciò premesso, l'analisi dei rapporti tra Corti, in termini di conflitto piuttosto che di coordinamento e cooperazione, deve necessariamente muovere dall'impatto che la CEDU ha avuto nel sistema nazionale e in particolare sulla giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁶. Sicché è necessario analizzare: 1)

¹⁵ G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta Online*, 2014, p.7.

¹⁶ Si veda E. CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2012, pp. 23-42. Secondo l'A. l'esigenza di valutare la natura e l'impatto della CEDU nell'ordinamento italiano si spiega in ragione della constatazione secondo cui le norme CEDU sono idonee a produrre effetti sia nell'ordinamento internazionale, sia in quello dell'Unione che in quello nazionale. Esse vengono così ad assumere natura giuridica

la natura *self-executing* della CEDU e la possibilità che i diritti ivi contenuti possano essere direttamente applicati dai giudici nazionali¹⁷; 2) la posizione che la CEDU ha assunto nella gerarchia delle fonti interne, per effetto delle c.d. sentenze gemelle della Corte costituzionale¹⁸. Vale a dire se essa abbia uno *status* sopra-legislativo tale da prevalere su eventuali leggi nazionali emanate prima o dopo la sua ratifica.

La natura *self-executing* della CEDU è questione preliminare, atteso che la tematica relativa a un eventuale “conflitto di competenze” tra Corti, si pone proprio in ragione della diretta applicabilità della CEDU negli ordinamenti nazionali e in particolare in quello italiano. Le diverse pronunce della Corte costituzionale, dunque, rappresenterebbero un filtro necessario per modulare la diretta applicazione delle CEDU nell’ordinamento italiano.

Il riconoscimento o meno della diretta applicabilità incide sugli effetti¹⁹ che le norme della CEDU producono negli ordinamenti interni. Effetti, che sono differenti anche in relazione al rango ad esse riconosciuto nella gerarchia delle fonti del diritto interno²⁰.

La natura *self executing* della CEDU deve essere valutata in relazione alle singole disposizioni convenzionali e al loro contenuto chiaro, preciso e puntuale, così come in relazione agli obiettivi e all’oggetto del trattato di riferimento²¹.

ed efficacia diversa all’interno di ogni ordinamento, nonostante l’omogeneità dei diritti tutelati dalle singole norme convenzionali.

¹⁷ A.CALIGIURI E N.NAPOLETANO, *The application of the ECHR in the domestic systems*, in *The Italian yearbook of international law*, Vol. XX, 2010, pp. 125-159.

¹⁸ Corte costituzionale, sentenze del 22 ottobre 2007, nn.348 e 349, v. *infra* parte II.

¹⁹ G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU e l’applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in A.CALIGIURI, G.CATALDI, N.NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, 2010, p. 580. Il problema della natura *self-executing* non si pone in quegli ordinamenti che escludono tale possibilità, come negli ordinamenti di *common law*. Inoltre, “non è da escludere che norme di per sé incomplete possono essere suscettibili di diretta applicazione mentre norme dettagliate possono risultare non *self executing* per una reazione di rigetto dell’ordinamento interno”, G. CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XII/1997, Torino, p. 400.

²⁰ Con riferimento al profilo relativo al rango riconosciuto alla CEDU nella gerarchia delle fonti nell’ordinamento italiano, si veda *infra* cap.1.

²¹ A.CALIGIURI E N.NAPOLETANO, *The application of the ECHR in the domestic system*, in *The Italian Yearbook of International Law*, Volume XX (2010), pp.125-159, “Indeed, the direct applicability and the direct effect of an international treaty rule cannot be limited

La dottrina constata che, la natura della diretta applicabilità delle norme CEDU dovrebbe desumersi da una serie di fattori.

In primo luogo, dalla nuova formulazione dell'art. 1 della Convenzione il quale dichiara che le Parti contraenti “riconoscono” i diritti elencati nel testo. È stata così superata la precedente formulazione che nel prevedere che gli Stati “*undertake to secure*” i diritti garantiti dalla CEDU ne implicava la sua natura programmatica e, dunque, l'esecuzione mediante misure di attuazione statale²².

In secondo luogo, la natura *self-executing* dipende dalle modalità procedurali di adattamento ai Trattati, diverse a seconda che essi contengano norme più o meno dettagliate e richiedano, dunque, un'attività ulteriore di adattamento da parte degli organi statali. In particolare, nell'ordinamento italiano, il legislatore ha previsto due modalità di esecuzione dei Trattati, una ordinaria e una speciale. Nel caso di norme non compiutamente dettagliate, il cui contenuto deve necessariamente essere integrato attraverso l'attività ermeneutica degli organi statali, si ricorrerà al procedimento ordinario²³. Nel caso in cui, invece, le norme siano astrattamente idonee ad essere immediatamente applicate in virtù della loro chiara e puntuale formulazione, si ricorrerà al procedimento speciale²⁴. In tale ultima ipotesi, mediante l'ordine di esecuzione, le norme dei relativi trattati producono effetti diretti nell'ordinamento nazionale e sono idonee ad incidere nei rapporti giuridici che fanno capo ai singoli.

Nel caso della CEDU, l'adattamento del diritto interno alla CEDU è avvenuta mediante ordine di esecuzione nella forma di legge ordinaria²⁵. È

to some treaties, such as the EU Treaties, and ruled out as to others, such as the ECHR, nor can it be excluded for treaties in general regardless of the specificity of the provisions therein”.

²² Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 gennaio 1978, Ireland c. The United Kingdom, ric. n. 5310/71, par. 239; decisione del 27 marzo 2003 sulla ricevibilità del ricorso n. 36813/97, Scordino c. Italia. In entrambe le occasioni, la Corte ha osservato che, “en substituant le mot ‘reconnaissent’ au mot ‘s’engagent à reconnaître’ dans le libellé de l’article 1, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et les libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants”.

²³ Come è noto, il procedimento ordinario consiste nell'emanazione di un atto normativo (legislativo o regolamentare, a seconda di quanto previsto dalla materia disciplinata) di contenuto identico al trattato.

²⁴ Procedimento speciale mediante ordine d'esecuzione contenuto in un atto normativo ad *hoc* (che per i trattati, la cui ratifica richiede *ex art.* 80 Cost. l'autorizzazione del Parlamento, è spesso la stessa legge di autorizzazione).

²⁵ Legge 4 agosto 1955, n. 848 recante “autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”.

proprio mediante tale ordine di esecuzione contenuto nella legge di ratifica che si riconoscono i diritti enunciati nella CEDU, atteso che esso “esprime la volontà del legislatore di dare *piena ed intera esecuzione* alla stessa e non di (...) rinviare tale esecuzione all’emanazione di ulteriori, successive misure legislative”²⁶. Ne consegue, dunque, che non può escludersi la diretta applicazione delle norme CEDU.

Una delle principali conseguenze della natura delle norme CEDU quali norme *self-executing* riguarda la possibilità per il giudice nazionale di poter disapplicare le norme interne incompatibili con la singola disposizione CEDU.

Tuttavia, è bene ricordare che l’orientamento dottrinale prevalente nega la possibilità di disapplicare le norme interne contrastanti con quelle convenzionali²⁷, per diversi ordini di motivi.

Innanzitutto, è necessario scindere la possibile natura *self-executing* delle norme CEDU rispetto allo strumento della “non-applicazione”. Molte delle norme CEDU sono “certamente idonee in virtù della loro compiutezza dispositiva a stabilire posizioni soggettive significative per i soggetti dell’ordinamento interno”²⁸ che possono essere invocate dinanzi i giudici nazionali. Nondimeno, non sussiste alcun obbligo in capo ai giudici nazionali di disapplicare la norma interna contrastante con quella convenzionale. Ciò si spiega in quanto l’efficacia diretta non è condizione necessaria né tantomeno imposta dal sistema CEDU, piuttosto essa deriverebbe “da una decisione

²⁶ U. VILLANI, già cit. sub-nota 9, p. 9. “Il riconoscimento della immediata applicabilità delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo presuppone, peraltro, che esse abbiano un contenuto completo, autosufficiente, idoneo a consentire che esse siano effettivamente applicabili pur in assenza di norme statali di integrazione”. In ogni caso l’A. osserva che, nonostante la diretta applicabilità delle norme CEDU, in alcuni casi sono opportune, se non necessarie delle norme statali di attuazione che assicurino “un pieno godimento dei diritti contemplati dalle disposizioni della CEDU e una loro più efficace tutela”. Come è avvenuto con la legge del 24 marzo 2001, n.89 (c.d. Legge Pinto) in materia di ragionevole durata del processo o con la legge del 23 novembre 1999, n.2 che ha integrato l’art. 111 Cost. con disposizioni sul giusto processo.

²⁷ *Ibidem*. In senso analogo, S. VEZZANI, *L’attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo che rilevano la contrarietà alla Convenzione di situazioni interne di portata generale*, in *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, L. CASSETTI (a cura di), Napoli, 2012, p.73. L’A. osserva che “la posizione della CEDU nel diritto italiano ricorda molto da vicino quella del diritto comunitario agli inizi degli anni ’70, quale sistematizzata nella sentenza nel caso *Frontini*”.

²⁸ E. CANNIZZARO, *Diritti “diretti” e diritti “indiretti”*, già cit. sub-nota 16, p.38.

autonomamente adottata dall'ordinamento interno al fine di facilitarne l'applicazione"²⁹.

Inoltre, anche a voler asserire che la disapplicazione presuppone la natura *self-executing* delle disposizioni, essa non ne costituisce l'unico presupposto necessario. Invero, la possibilità per giudice nazionale di "non applicare" la norma interna in quanto contrastante con la norma CEDU, presuppone l'esistenza di un rapporto gerarchico che, di fatto, non sussiste. La stessa Corte costituzionale³⁰, ha chiarito che le antinomie normative tra sistema CEDU e ordinamento italiano debbano essere risolte in termini di giudizio di costituzionalità delle leggi. Così escludendo il rimedio della disapplicazione da parte dei giudici nazionali, in ragione dell'assenza di un rapporto gerarchico tra sistema CEDU e ordinamento italiano.

In senso contrario, altra parte della dottrina osserva che escludere il ricorso allo strumento della disapplicazione vorrebbe dire compiere "un passo indietro sulla via dell'apertura alle norme internazionali"³¹. Il divieto di disapplicazione, inoltre, risulterebbe incrinato dalla tipologia di sentenze che la Corte Edu può adottare e soprattutto dalla forza vincolante che tali sentenze hanno assunto, con il passare del tempo³². In buona sostanza, la forza espansiva della giurisprudenza della Corte, idonea ad estendersi al di là del caso concreto, porta a domandarsi se il divieto di disapplicazione possa ancora valere in termini assoluti. Lo strumento della disapplicazione, infatti, sarebbe "scelta obbligata" in determinati casi.

Innanzitutto, ove il ricorrente, che abbia ottenuto una sentenza favorevole della Corte Edu, domandi l'esecuzione di tale sentenza al giudice comune ai sensi dell'art. 46 CEDU. In tale caso, dunque, l'obbligo di dare esecuzione alla sentenza della Corte Edu può portare alla "non applicazione" del diritto interno. Ulteriore ipotesi è quella secondo cui la decisione adottata in sede

²⁹ *Ibidem*, p.38. L'A. spiega tale affermazione, partendo dalla considerazione secondo cui gli "effetti prodotti nell'ordinamento italiano da norme esterne non vadano ricostruiti solo in relazione agli elementi intrinseci della norma-vale a dire la chiarezza e la precisione dei suoi elementi dispositivoi-ma altresì anche in relazione alla funzione da essa svolta nell'ambito del sistema o del sottosistema normativo di origine".

³⁰ Sentenze nn. 348 e 349/2007. Vedi *infra*.

³¹ G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU*, già cit. sub-nota 20.

³² G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio binario'*, in *Diritto pubblico* n.3/2014, pp.1076-1120.

europea, nonché l'interesse del ricorrente, possano essere soddisfatti "per il solo tramite della disapplicazione di una norma interna".

In poche parole, secondo tale orientamento, consentire ai giudici nazionali di non applicare la norma interna in luogo di quella convenzionale non si sovrapporrebbe, escludendola, alla competenza della Corte costituzionale³³. È ben possibile, infatti, che lo strumento della disapplicazione coesista con il controllo di costituzionalità riservato in via esclusiva alla Consulta. In buona sostanza, la Corte costituzionale sarebbe chiamata ad intervenire in tutti quei casi in cui sia necessario un intervento più incisivo a tutela dei diritti fondamentali, atteso che la mera disapplicazione non sarebbe idonea a ovviare a violazioni sistemiche della CEDU. Si pensi, al caso in cui è necessario un intervento "manipolativo" della Corte costituzionale, data l'assenza di un rimedio interno che consenta al ricorrente di rivolgersi al giudice comune. O ancora, l'ipotesi in cui l'esecuzione della sentenza europea sia demandata da un soggetto che, ancorché non abbia fatto ricorso alla Corte Edu, si trovi nella medesima situazione del ricorrente vittorioso a Strasburgo. In tale caso, l'intervento della Corte costituzionale è obbligato, atteso che il ricorrente non può demandare direttamente al giudice comune l'esecuzione dell'obbligo europeo.

Infine, il controllo di costituzionalità dovrebbe essere attivato nei casi di violazioni strutturali, affinché l'ordinamento si adegui tempestivamente (mediante una sentenza di annullamento della Corte) al *dictum* della Corte, in attesa dell'intervento strutturale del legislatore.

Ne consegue, dunque, che la disapplicazione da parte del giudice comune opererebbe "quale atto interno di esecuzione dell'obbligo di cui all'art. 46 CEDU, senza necessariamente compromettere la funzione del Giudice delle leggi di presidio dell'unità sistematica del tessuto costituzionale"³⁴. La soluzione che ritiene possibile che coesistano lo strumento della

³³ G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU*, già cit. sub-nota 20, p. 574. L'A. è convinto che "il c.d. controllo di convenzionalità diffuso delle norme di legge non costituisca assolutamente un aggiramento del controllo di costituzionalità. Convincimento che sarebbe rafforzato proprio dalla posizione subcostituzionale che la Corte costituzionale ha attribuito alla CEDU nel sistema delle fonti".

³⁴ G. REPETTO, già cit. sub-nota 32, p. 1107. Secondo l'A. una disapplicazione "è comunque dovuta per evitare il rischio che l'attuazione del precedente europeo si 'incagli' nel giudizio di costituzionalità, i cui incerti esiti minerebbero il *quando* e l'*an* dell'esecuzione".

disapplicazione con il controllo di costituzionalità del Giudice delle leggi, consente di contemperare due contrapposte esigenze. Da un lato l'esigenza, imposta dall'adesione al Consiglio d'Europa, di dare pronta esecuzione alle sentenze della Corte Edu che abbiamo accertato la violazione dei diritti dei singoli. Esigenza soddisfatta riconoscendo al giudice comune un potere di disapplicazione nelle ipotesi menzionate. Dall'altro, l'esigenza di preservare i valori costituzionali attraverso la competenza della Corte costituzionale al bilanciamento tra interessi in gioco, in tutti quei casi in cui un potere di disapplicazione, di fatto, non sia possibile.

In disparte tale profili dottrinali, è bene osservare che la Corte Edu non ha mai imposto al giudice nazionale (soprattutto italiano) l'obbligo di disapplicare la norma interna contrastante con la CEDU. Sul punto, si registrano pochi precedenti isolati³⁵ nei quali la Corte Edu ha osservato che la disapplicazione rappresenti lo strumento attraverso il quale dare piena attuazione agli standard europei, senza la necessità di dover attendere un'eventuale abrogazione della normativa contrastante con la CEDU da parte del legislatore nazionale..

Ciò posto, l'obiettivo del presente lavoro, attraverso un'analisi della giurisprudenza (rispettivamente della Corte costituzionale e della Corte Edu), consiste nel verificare se le iniziali affermazioni della Consulta contenute nelle sentenze c.d. gemelle in merito alla natura della CEDU siano ancora valide o evidenzino piuttosto un difetto di interazione e cooperazione tra organi giurisdizionali. Invero, Corte costituzionale e Corte Edu assumono, sempre più spesso, orientamenti contrastanti su medesime questioni, sintomo dell'esistenza di rapporti complessi e soprattutto di una possibile chiusura al dialogo e alla cooperazione³⁶.

In altri termini, la *ratio* del presente lavoro è quella di stimare se a partire dalle c.d. sentenze gemelle, la Corte costituzionale abbia inteso azionare una qualche forma di "resistenza" nei confronti del sistema CEDU e della giurisprudenza della Corte Edu. Resistenza che, ci si chiede, se possa essere

³⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 novembre 1991, appl. n. 12849/87, Vermeire c. Belgique, par. 26; sentenza del 26 aprile 2007, appl. n. 71525/01, Dumitru Popescu c. Romania, par. 103. In tali sentenze la Corte aveva giustificato la disapplicazione alla luce del primato della Convenzione, e della relativa giurisprudenza, sul diritto nazionale.

³⁶ F.FERRARO, già cit. sub-nota 1.

identificata con i “controlimiti” a cui la Corte costituzionale aveva già fatto ricorso nei rapporti nei rapporti con l’ordinamento dell’Unione europea.

PARTE I: PROFILI INTRODUTTIVI

CAPITOLO 1

L'EFFICACIA DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze della Corte europea. – 2. L'efficacia di “res iudicata inter partes”. – 3. Il rimedio dell'*equa soddisfazione* ex art. 41 CEDU. – 3.1. *Segue*: Il potere della Corte di accordare misure a portata individuale o generale. – 3.2. *Segue*: La procedura della sentenza pilota. – 3.3. *Segue*: Il “rimedio” del mutamento della giurisprudenza nazionale. – 4. Il controllo del Comitato dei ministri. – 5. L'efficacia di “res interpretata inter partes”. – 6. Efficacia interpretativa *erga omnes*. – 7. Il Protocollo n. 16 e la “nuova” funzione consultiva della Corte Edu.

1. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze della della Corte europea.

Ai sensi dell'art. 46 CEDU³⁷, rubricato “forza vincolante ed esecuzione delle sentenze”, gli Stati contraenti sono tenuti a conformarsi alle sentenze della Corte Edu nelle controversie in cui sono parti.

Normalmente, tali sentenze hanno natura dichiarativa, atteso che si limitano a constatare, o meglio accertare la violazione della CEDU e dei suoi Protocolli da parte degli Stati convenuti, senza soffermarsi sulle conseguenze dell'illecito, salvo quelle che riguardano direttamente ed esclusivamente l'individuo ricorrente³⁸.

Tuttavia, la forza vincolante della giurisprudenza di Strasburgo deve essere analizzata sotto tre punti di vista differenti: come efficacia di cosa giudicata e interpretata nei confronti degli Stati convenuti nei procedimenti dinanzi alla Corte e dalla quale discendono obblighi di risultato in capo agli Stati; come efficacia di cosa interpretata *erga omnes* ovvero al di là del caso deciso, anche nei confronti degli Stati che non sono parte in causa.

³⁷ La norma in parola ha definitivamente sostituito l'art. 53 della CEDU che prima della riforma del 1998 con cui è entrato in vigore il Protocollo n. 11 disponeva che “The High Contracting Parties undertake to abide by the decision of the Court in any case to which they are parties”.

³⁸ Si veda, P. PIRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, pp. 86 e ss.

È chiaro, dunque, che l'obbligo di conformarsi e dare esecuzione alle decisioni della Corte è differente a seconda di quale sia il livello che viene in rilievo. Se è necessario dare esecuzione a decisioni rese nei confronti degli Stati convenuti, questi ultimi saranno tenuti in modo più stringente a darvi esecuzione. Al contrario, quella medesima decisione potrà lasciare un maggiore spazio valutativo agli Stati che non siano parte in causa, atteso che sarà necessario verificare in che termini e a quali condizioni le sentenze della Corte Edu godono di un'efficacia interpretativa *erga omnes*.

2. L'efficacia di “res iudicata inter partes”.

Il primo livello di efficacia delle sentenze definitive della Corte Edu si ravvisa nell'efficacia di cosa giudicata che si desume dal combinato disposto degli articoli 41-44 e 46 CEDU.

La *res iudicata* delle sentenze della Corte deve essere analizzata sia da un punto di vista soggettivo, al fine di individuarne i destinatari che da un punto di vista oggettivo.

Per quanto concerne il profilo soggettivo, le sentenze definitive della Corte Edu hanno un'efficacia limitata *inter partes*, poiché sono vincolanti solo per gli Stati-parte nel procedimento. Ad ogni modo, tutti gli organi dello Stato sono chiamati, ciascuno secondo le proprie attribuzioni e competenze, a concorrere nell'adempimento dell'impegno previsto dall'art. 46 CEDU³⁹. L'organo

³⁹ Lo stesso Consiglio d'Europa ha espressamente indicato tra gli organi chiamati a dare esecuzione alle sentenze della Corte, anche i giudici nazionali. La *ratio* di tale intervento è indubbiamente quella di prevenire future violazioni già a livello giurisdizionale, nell'attesa, dunque, che il legislatore intervenga per adattare il sistema nazionale alla CEDU. È a partire dalla sentenza del 19 marzo 1997, *Hornsby c. Grecia*, ric. n. 18357/91, che la Corte Edu ha sottolineato l'importanza dell'esecuzione delle sentenze rese da qualsiasi autorità giudiziaria. In particolare ha stabilito che “execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the ‘trial’ for the purposes of Article 6” (par. 40). Invero, il diritto ad un processo equo di cui all'art. 6 CEDU “would be illusory” se l'ordinamento giuridico degli Stati contraenti consentisse che una decisione giudiziaria definitiva e vincolante resti non operativa, a discapito di una delle parti nel processo. Sarebbe inconcepibile, dunque, che l'art. 6 CEDU descriva dettagliatamente le garanzie accordate alle parti senza poi prevedere un'adeguata tutela che garantisca l'esecuzione delle decisioni giudiziarie. Si veda G. CATALDI, *Convenzione europea e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2008, pp. 321-347 secondo cui, tale “immistione” nella distribuzione interna delle competenze va accettata perché conseguente all'impegno assunto dagli Stati nell'aderire al Consiglio d'Europa. Invero, secondo l'art. 27 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei Trattati, nessuno

competente ad adottare le relative misure attuative sarà individuato in relazione allo strumento che è necessario adottare. In buona sostanza, ciò significa che l'organo deputato a dare attuazione agli obblighi ex art. 46, par.1 CEDU, sarà l'organo giudiziario, quando la violazione possa essere eliminata attraverso un'interpretazione conforme. Al contrario, sarà necessario l'intervento del legislatore, quando la violazione constatata dipenda da una norma interna, insuscettibile di interpretazione conforme da parte della giurisprudenza nazionale. In ogni caso, l'individuazione di tali organi è materia di competenza del diritto interno⁴⁰.

Da un punto di vista oggettivo⁴¹, l'efficacia di cosa giudicata ha "effetto relativo", atteso che concerne esclusivamente il caso che ha dato luogo alla decisione⁴². Tale efficacia si esplica, inoltre, in un particolare obbligo di risultato⁴³, posto che lo Stato convenuto è libero di scegliere modalità e tempi

Stato può invocare le disposizioni del suo diritto interno come causa di giustificazione della mancata esecuzione delle norme di un Trattato.

⁴⁰ Nell'ordinamento italiano esso è individuato in quell'organo, giudiziario o amministrativo, che è, in concreto, in grado di dare esecuzione alla sentenza e, dunque, di ripristinare la situazione violata. Ove poi, l'organo competente rimanga inerte e non provveda all'adozione della misura della *restitutio in integrum*, sono previsti ulteriori poteri al fine di ovviare alla violazione. Si pensi ai poteri di surrogazione o di sanzione disciplinare.

⁴¹ Sulla portata oggettiva dell'obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte, si veda, tra tutti, V. ZAGREBELSKY, *I mutamenti legislativi o regolamentari e di prassi amministrative volti ad impedire il riprodursi della violazione*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, pp. 108 e ss. L'A. osserva che vi sono dei casi che non possono rientrare nella nozione di esecuzione in senso stretto delle sentenze della Corte. Nei casi, ad esempio di sollecitazioni del Comitato dei ministri dirette nei confronti di Stati diversi da quello che ha subito una sentenza di condanna, atteso che nei confronti di tale Stato non vi è, formalmente, alcuna sentenza a cui dare esecuzione. Al contempo, esulano da tale ambito i casi in cui gli Stati si adeguino spontaneamente alle sentenze della Corte, in quanto riconoscono di trovarsi in una situazione analoga a quella dello Stato condannato. Così come non possono rientrare nella nozione di esecuzione in senso stretto di una sentenza della Corte, tutte quelle attività dirette a prevenire il verificarsi di future violazioni.

⁴² G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU*, già cit. sub-nota 20.

⁴³ Tuttavia, è bene precisare che "la libertà nella scelta dei mezzi per adempiere tale obbligo, pur restando impregiudicata in sede di accertamento giurisdizionale, diviene oggetto di una 'sorveglianza collettiva' *ad hoc* in seno al Comitato dei ministri". A. ATTERITANO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e riapertura del processo: la giurisprudenza italiana non colma la lacuna normativa e garantisce l'impunità del condannato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 665 e ss. In senso analogo circa la natura di mero obbligo di risultato D. ANZILOTTI, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers*, in *Revue générale de droit international public*, 1906, pp. 26 e ss. secondo cui la discrezionalità nella scelta dei mezzi attraverso i quali dare esecuzione alle sentenze della Corte è strettamente legata all'organizzazione interna degli Stati. Ne consegue, dunque, che il diritto

per dare esecuzione alle sentenze europee che tengano conto, altresì, delle peculiarità dell'ordinamento interno. Trattasi di un *obbligo* che ha carattere *giuridico* poiché discende da una Convenzione che gli Stati hanno ratificato, così riconoscendo i diritti ivi contenuti. All'esistenza di tale obbligo, dunque, si contrappone specularmente il diritto soggettivo al rispetto di tale obbligo che incombe su tutti gli Stati.

Ciò vale, ovviamente, in presenza di una sentenza della Corte ex art. 44 CEDU, la cui definitività è di per sé necessaria e sufficiente per imporre l'obbligo di esecuzione⁴⁴.

3. Il rimedio dell'*equa soddisfazione* ex art. 41 CEDU.

L'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte Edu impone di porre fine alla violazione per poi eliminarne gli effetti ed evitare possibili reiterazioni della violazione accertata.

Tuttavia, dal combinato disposto degli articoli 41-44-46 CEDU non si desume alcunché in merito alle tipologie di misure che ogni Stato convenuto è tenuto ad adottare al fine adeguarsi alla giurisprudenza della Corte Edu e porre rimedio alla violazione accertata.

Ai sensi dell'art. 41 CEDU, la Convenzione impone agli Stati di rimuovere le violazioni della CEDU concedendo una "equa soddisfazione" alla parte lesa. Ne consegue, dunque, che il primo obbligo sancito dall'art. 46 CEDU, consiste nel pagamento di una somma di denaro stabilita dalla Corte a titolo di equa soddisfazione⁴⁵. In tale caso, lo Stato è privo di qualsiasi discrezionalità, posto che è obbligato a darvi esecuzione, salvo manifestazione di volontà di recedere dal Consiglio d'Europa.

internazionale non può determinarli, pena l'invasione di "un dominio che gli è assolutamente precluso". Ciò non toglie, ovviamente, che nella libertà di scelta di tali mezzi, si adempiano i relativi obblighi internazionali.

⁴⁴ Si noti che recentemente anche la Corte di Cassazione (ordinanza del 21 gennaio 2015, n.950) ha affermato che la "la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, una volta divenuta definitiva tra le parti ai sensi dell'art. 44 della CEDU, ha effetti precettivi immediati assimilabili al giudicato e, in quanto tale, deve essere tenuta in considerazione dall'organo dello Stato che (...) ha l'obbligo giuridico, di conformare e di non contraddire la sua decisione al deliberato della Corte di Strasburgo".

⁴⁵ Il pagamento della somma imposta dalla Corte deve avvenire entro il termine di tre mesi, superato il quale lo Stato sarà tenuto al pagamento, nei confronti del ricorrente, anche dei relativi interessi.

La norma in parola stabilisce le *condizioni* e i *limiti* in presenza dei quali la Corte può condannare al pagamento di una somma denaro a titolo di equa soddisfazione.

Per quanto concerne le condizioni, la concessione di un'equa soddisfazione è possibile solo ove lo Stato convenuto non possa eliminare le conseguenze della violazione accertata mediante misure in forma specifica⁴⁶. È confermata, dunque, la natura sussidiaria del sistema CEDU, posto che spetta in prima linea agli Stati responsabili intervenire per ovviare alla violazione contestata. Tuttavia, è possibile che vi sia una parziale sovrapposizione tra lo strumento dell'equo indennizzo e le misure dirette a eliminare le conseguenze della violazione. Si pensi alle ipotesi in cui lo Stato convenuto può rimediare solo a talune delle conseguenze negative discendenti dalla violazione convenzionale accertata. In tale caso, dunque, la Corte concederà al ricorrente una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione commisurata alla parte di conseguenze pregiudizievoli non eliminabili dallo Stato convenuto. Ciò in quanto per le conseguenze eliminabili, provvederà direttamente l'ordinamento giuridico interno.

Per quanto concerne i *limiti* alla competenza della Corte Edu ex art. 41 CEDU, essa è competente ad adottare solo misure a favore della vittima della violazione. In buona sostanza ove la Corte riscontri la contrarietà alla CEDU di un atto interno a portata generale non potrà imporre allo Stato convenuto l'adozione di provvedimenti interni per eliminare la situazione di incompatibilità⁴⁷. Al più potrà ingiungere allo Stato il pagamento della somma di denaro a favore della vittima per i danni subiti a causa dell'atto interno contrastante con la CEDU.

Ciò premesso, nel determinare il *quantum* della somma versata alla vittima a titolo di equa soddisfazione, la Corte deve tener conto di tre elementi. Del

⁴⁶ È bene ricordare, tuttavia, che la Corte ha interpretato estensivamente la condizione in parola, posto che l'equa soddisfazione può essere concessa anche ove le conseguenze pregiudizievoli della violazione constatata non possono essere eliminate a causa della natura della violazione. Si veda sentenza del 10 marzo 1972, De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgique, applications n. 2832/66; 2835/66; 2899/66. In tale ipotesi, dunque, sarà sufficiente per concedere l'equa soddisfazione alla vittima della violazione, il rifiuto dello Stato condannato di compensarla per il danno subito.

⁴⁷ P. PIRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze*, già cit. sub-nota 38.

danno materiale, morale e delle spese processuali sostenute dal ricorrente per contestare la violazione di un suo diritto.

È onere che incombe sul ricorrente la prova del pregiudizio materiale subito, del nesso di causalità tra esso e la violazione accertata dalla Corte, nonché delle spese processuali sostenute. Nel caso di prova positiva, la Corte risarcirà il danno materiale tenendo conto sia del danno emergente che del lucro cessante. Al contempo nel determinare il quantitativo di spese processuali risarcibili, potranno essere risarcite solo quelle necessarie e ragionevoli⁴⁸.

3.1. *Segue*: Il potere della Corte di accordare misure a portata individuale o generale.

Fermo restando che l'art. 41 CEDU si limita a statuire la competenza della Corte di accordare un'equa soddisfazione alla parte lesa, si è posto il problema di valutare se le decisioni della Corte Edu possano imporre, agli Stati responsabili, l'obbligo ulteriore di adottare misure diverse da quelle prettamente risarcitorie, quali misure a portata generale o individuale. Se, quindi, la nozione di "equa soddisfazione" ex art. 41 CEDU possa essere interpretata estensivamente al punto da farvi rientrare anche misure diverse rispetto all'indennizzo monetario. È chiaro che una risposta affermativa al quesito in parola comporta quale conseguenza ulteriore la possibilità di riconoscere alle sentenze della Corte Edu natura costitutiva e non solo di mero accertamento.

In linea tendenziale, in virtù del mero obbligo di risultato che grava sugli Stati⁴⁹, rientra nel loro margine di discrezionalità "capire cosa deve essere modificato per rimediare alla violazione nel caso specifico ed evitare che sorgano ulteriori violazioni"⁵⁰. In buona sostanza, l'esecuzione delle sentenze

⁴⁸ Si veda sentenza del 16 giugno 1999, Zubani c. Italia, ric. n. 14025/88, par. 23 "(...) as regards costs and expenses, the Court notes, firstly, that the applicants were in receipt of legal aid before the Court. It adds that under its case-law an award can be made in respect of costs and expenses only in so far as they have been actually and necessarily incurred by the applicant and are reasonable as to quantum".

⁴⁹ Secondo l'orientamento preferibile, l'art. 46, par. 1 CEDU non si limiterebbe ad affermare l'efficacia vincolante delle sentenze, in quanto pone in capo agli Stati-parte nel procedimento, un obbligo ulteriore (appunto di risultato) consistente nell'adozione di provvedimenti specifici al fine di conformarsi alla decisione della Corte Edu.

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 giugno 1979, Marckx v. Belgium, ric. n. 6833/74, par. 58; sentenza del 24 giugno del 1993, Papamichalopoulos

della Corte Edu deve avvenire attraverso misure adeguate e appropriate al caso di specie, individuate dai singoli Stati responsabili.

Parte della dottrina⁵¹ ha escluso una competenza della Corte all'imposizione di misure di riparazione diverse da quella tipicamente risarcitoria. In particolare, l'art. 41 CEDU dovrebbe essere interpretato restrittivamente nel senso di imporre, in prima battuta, allo Stato convenuto di rimuovere la violazione accertata e solo, in via sussidiaria, alla Corte di accordare un'equa soddisfazione in termini monetari. Invero, dal dato letterale della norma in parola, si desume che questa può essere accordata ove il diritto interno dello Stato non permette di rimuovere le conseguenze della violazione *se non in modo imperfetto*. Ne conseguirebbe, dunque, che la Corte può e deve intervenire solo ove l'ordinamento interno dello Stato convenuto non predisponga adeguate misure di reintegrazione in forma specifica. Ad ogni modo l'intervento sussidiario della Corte può esplicarsi solo nell'imposizione di misure risarcitorie, dovendosi escludere una sua competenza ad imporre misure di riparazione in forma specifica.

Tale orientamento muove dall'assunto secondo cui la Corte, in quanto Tribunale istituito tramite un accordo internazionale, può emanare solo sentenze dichiarative (o di mero accertamento) di una violazione della CEDU. Al contrario, la competenza a pronunciarsi anche sulle modalità di riparazione della violazione sussiste solo ove sia espressamente prevista e ove si riconosca natura costitutiva (e non solo dichiarativa) alle sentenze della Corte⁵².

and others v. Greece, ric. n. 14556/89, par. 34 ove la Corte ha affermato che “the Contracting States, that are parties to a case, are in principle free to choose the means whereby they will comply with a judgment in which the Court has found a breach”.

⁵¹ P. PIRRONE, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: restitution in integrum ed equa soddisfazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997 pp. 167 e ss; V. STARACE, *L'inadeguatezza della vigente disciplina convenzionale relativa all'esecuzione delle sentenze e l'opportunità di adeguamenti*, in *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'esecuzione delle sue sentenze*, Quaderni della Rivista “La Comunità internazionale”, Napoli, 2003, pp.127 e ss.

⁵² P. PIRRONE, *Il caso Papamichalopoulos*, già cit. sub-nota 51. Secondo V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, pp. 50-74, l'imposizione di misure a carattere individuale o generale deriverebbe solo indirettamente dalla sentenza della Corte, posto che quest'ultima ha carattere meramente dichiarativo. Tuttavia, l'A. ricorda che la dottrina più recente tende ad estendere la reale portata di tali sentenze, in virtù della loro portata correttiva.

In senso contrario, altra parte della dottrina⁵³ ha interpretato estensivamente l'art. 41 CEDU. La norma in parola, invero, consentirebbe alla Corte di imporre allo Stato responsabile la misura più idonea a sanare la violazione contestata, sia essa di tipo risarcitorio, generale o individuale. Secondo tale orientamento, infatti, l'art. 41 nel prevedere il potere di condanna della Corte all'equa soddisfazione, configurerebbe un'eccezione al potere della Corte di ordinare l'adozione di misure ripristinatorie dello *status quo ante*⁵⁴. L'equa soddisfazione, dunque, dovrebbe essere intesa "come uno strumento accessorio destinato a compensare unicamente i danni già prodottosi connessi a situazioni fisicamente irreversibili"⁵⁵. Sicché in tutte le altre ipotesi, la Corte sarebbe competente a ordinare la *restitutio in integrum*. Ne consegue che la *ratio* dell'art. 41 CEDU, così interpretato, è "quella di garantire comunque una qualche forma di ristoro all'individuo leso"⁵⁶.

Tradizionalmente, nella giurisprudenza della Corte Edu, si leggeva che "*la Convention ne lui attribue pas compétence pour enjoindre à l'Etat de modifier sa législation*"⁵⁷, in quanto gli Stati sono liberi di scegliere i mezzi più idonei per adempiere gli obblighi su di essi gravanti. La Corte, dunque, non era competente a imporre agli Stati l'obbligo di adottare misure di portata individuale o generale, poiché poteva limitarsi ad accordare alla parte lesa un'equa soddisfazione in termini monetari⁵⁸.

Tuttavia, nella giurisprudenza più recente, la Corte tende a limitare la libertà degli Stati nella scelta delle misure da adottare, imponendo l'adozione di misure di carattere individuale o generale adeguate per dare esecuzione alle sue

⁵³ R. LUZZATTO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la riparazione delle violazioni della Convenzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Udina*, vol. I, Milano, 1975, pp. 433 e ss;

⁵⁴ S. VEZZANI, già cit. sub-nota 27.

⁵⁵ A. BULTRINI, *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cenni introduttivi*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, p.49.

⁵⁶ S. VEZZANI, già cit. sub-nota 27, p.52.

⁵⁷ Si veda, *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 18 dicembre del 1987, F. c. Suisse, ric. n. 11329/85, par. 43.

⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta c. Italia, ric. n. 39221/98, 41963/98, par. 249; sentenza del 13 giugno 1979, Marckx c. Belgio, ric. n. 6833/74, par. 58; sentenza del 29 aprile 1988, Belilos c. Svizzera, ric. n. 10328/83, par. 78.

sentenze e porre fine alla violazione constatata⁵⁹. Ciò, in quanto, in diverse occasioni, ha osservato che la violazione dei principi convenzionali, non può essere sanzionata mediante la semplice imposizione allo Stato inadempiente dell'obbligo di corrispondere al condannato un ristoro di natura patrimoniale, atteso che sono altresì necessarie misure di carattere individuale quale la *restitutio in integrum*, o in taluni casi, misure di carattere generale⁶⁰. È necessario, infatti, che le misure di attuazione siano quanto più conformi al contenuto della sentenza, tale da darvi piena esecuzione.

Indubbiamente, la possibilità per la Corte di imporre misure diverse dall'equa soddisfazione si è affermata per il tramite del riconoscimento della

⁵⁹ In tal senso F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, 1983. Per quanto concerne la giurisprudenza della Corte Edu che tende a limitare la discrezionalità degli Stati nella scelta delle misure da adottare per rimediare alle violazioni constatate, si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 22 giugno 2004, Broniowski v. Poland, ric. n. 31443/96. La Corte osserva che in linea di principio non è di sua competenza determinare quali siano le misure idonee a soddisfare gli obblighi a cui lo Stato è vincolato ex art. 46 CEDU. Ciò nonostante, "in view of the systemic situation which it has identified, the Court would observe that general measures at national level are undoubtedly called for in execution of the present judgment, measures which must take into account the many people affected" (par. 193). Inoltre, "with a view to assisting the respondent State in fulfilling its obligations under Article 46, the Court has sought to indicate the type of measure that might be taken by the Polish State in order to put an end to the systemic situation identified in the present case" (par. 194). In senso analogo nel caso Papamichalopoulos già cit. sub-nota 50, la Corte ha statuito che "(...) the return of the land in issue, (...) would put the applicants as far as possible in a situation equivalent to the one in which they would have been if there had not been a breach of Article 1 of Protocol No. 1".

⁶⁰ Si vedano *ex multis*, sentenza Papamichalopoulos già cit. sub-nota 50, ove la Corte ha osservato che "Si la nature de la violation permet une *restitutio in integrum*, il incombe à l'Etat défendeur de la réaliser, la Court n'ayant ni la compétence ni la possibilité pratique de l'accomplir elle-meme"; sentenza Scozzari c. Italia, già cit. sub-nota 58, par. 249 ove la Corte osserva che "lo Stato convenuto (...) è chiamato non soltanto a versare agli interessati le somme accordate a titolo di equa soddisfazione, ma anche a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali da adottare nel suo ordinamento giuridico interno al fine di mettere fine alla violazione constatata dalla Corte e di eliminarne per quanto possibile le conseguenze". In senso analogo, sentenza del 18 maggio 2004, Somogy c. Italia, ric. n. 67972/01; sentenza del 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, ric. n. 56581/00. Tuttavia, si veda A. ATTERITANO, già cit. sub-nota 49, secondo cui "tali ipotesi non sembrano preludere a un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale della Corte nel senso di un ampliamento della sua competenza in materia di riparazione". Nonostante sia vero che la Corte abbia intimato, per la prima volta, al convenuto l'adozione di una misura non pecuniaria consistente nella restituzione del bene in natura, è bene contestualizzare la decisione resa dalla Corte Edu. In buona sostanza è necessario considerare quale sia la violazione riscontrata (illegittima privazione del bene), "con riguardo alla quale l'eliminazione delle conseguenze lesive di carattere patrimoniale può essere realizzata con una riparazione in forma specifica o con una riparazione per equivalente in forma pecuniaria".

natura costitutiva delle sue sentenze⁶¹. Ad ogni modo, nonostante la Corte, nell'imporre tali misure, utilizzi il verbo *devoir*, deve escludersi che trattasi di un vero proprio comando, posto che si tratterebbe di mere raccomandazioni⁶².

Ciò premesso, le misure che la Corte può imporre per dare esecuzione alle proprie sentenze, possono avere portata individuale o generale.

La misura individuale, generalmente consistente nella *restitutio in integrum*⁶³, viene imposta a seguito dell'accertata lesione di un diritto di cui è titolare il singolo ricorrente. Essa è finalizzata a porre il ricorrente in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato ove non fosse stata accertata una violazione della CEDU⁶⁴. Con riferimento a tali misure, la prassi della giurisprudenza della Corte è stata quella di restringere la discrezionalità degli Stati nell'individuazione degli strumenti più idonei a rimediare alla violazione⁶⁵. La Corte, infatti, si riserva di valutare alla luce delle circostanze del caso di specie e della natura (*id est*: gravità) della violazione accertata, quali

⁶¹ G. REPETTO, già cit. sub-nota 32.

⁶² P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze*, già cit. sub-nota 38. L'A. osserva, infatti, che nelle sentenze nelle quali la Corte sembra imporre una misura differente da quella tipicamente risarcitoria, in realtà poi utilizza una formula ricorrente. "(...) *Faute d'une telle restitution*, lo Stato responsabile dovrà corrispondere ai ricorrenti un dato indennizzo". Da ciò l'A. desume che, anche ove la Corte ingiunga la misura della *restitutio in integrum*, lo Stato è libero di scegliere, in alternativa il risarcimento del danno. Il *modus operandi* della Corte, dunque, è criticabile, poiché sostituisce con l'obbligo di indennizzo, gli strumenti più idonei a garantire una reale tutela dei diritti, come quelli della cessazione della violazione e della *restitutio*.

⁶³ Definita dalla stessa giurisprudenza della Corte Edu come "misura primordiale" rispetto a qualsiasi altro obbligo. Si veda *ex multis*, il caso Papamichalopoulos, già cit. sub-nota 50 ove la Corte ha imposto la misura della restituzione del bene occupato *sine titulo*.

⁶⁴ Si veda *ex multis*, Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, ric. n. 10249/03, par. 151. In particolare la Corte osserva che "una sentenza che constata una violazione comporta per lo Stato convenuto l'obbligo giuridico ai sensi dell'articolo 46 della CEDU di porre fine alla violazione e di eliminarne le conseguenze in modo da ristabilire per quanto possibile la situazione anteriore a quest'ultima".

⁶⁵ La Corte Edu, con sentenza dell'8 aprile 2004, Assanidzé c. Georgia, ric. n. 71503/01, par. 202 e 203, ha per la prima volta disposto un rimedio in forma specifica (consistente nella rimessione in libertà del ricorrente) dinanzi alla constatata violazione della CEDU per "arbitrarietà della detenzione". Dopo aver ricordato che l'art. 46 CEDU lascia liberi gli Stati di individuare le misure più idonee per dare esecuzione alle sentenze della Corte, precisa che ciò è vero solo in linea di principio. Nel caso di specie, infatti, la natura della violazione accertata, consistente nell'arbitrarietà della detenzione, "does not leave any real choice as to the measures required to remedy it". Per tali ragioni, tenuto conto dell'urgenza di porre fine alla violazione convenzionale constatata, "the Court considers that the respondent State must secure the applicant's release at the earliest possible date".

siano le misure idonee a porvi fine. Così individuando autonomamente la misura che lo Stato deve adottare per dare esecuzione alla sentenza della Corte Edu⁶⁶.

3.2. *Segue: La procedura della sentenza pilota.*

Per quanto concerne le misure di carattere generale, queste vengono in rilievo nell'ipotesi di conclamate violazioni strutturali dell'ordinamento nazionale. In tutti quei casi, in cui, quindi, tali violazioni non possono essere risolte tramite la mera condanna all'equa riparazione ex art. 41 CEDU, posto che trattasi di violazioni non episodiche o accidentali.

Le violazioni strutturali, generalmente, trovano la loro fonte in un difetto sistemico dell'ordinamento nazionale considerato nel suo complesso e non dipendono, dunque, da uno specifico provvedimento o da un atto interno bensì dall'esistenza (o assenza) di una norma o di una prassi interna statale, la cui permanenza determina una violazione continua dei diritti dell'individuo⁶⁷.

⁶⁶ Tale potere di individuare puntualmente la misura per ovviare alla violazione constatata si è manifestato nella materia dell'equo processo ex art. 6 CEDU. Emblematico è il Caso Dorigo, ove la Corte ha ritenuto espressamente non idoneo a ripristinare lo *status quo ante* del condannato, un mero ristoro di natura patrimoniale. La misura più idonea, infatti, sarebbe rappresentata dalla riapertura del processo e dalla celebrazione del medesimo secondo i canoni di equità processuale. Lo Stato italiano, dunque, è obbligato a dare esecuzione alla sentenza della Corte Edu, al fine di rimediare all'accertata violazione. Per approfondimenti si veda Parte II, cap. 2. Inoltre, si veda, A. DI STASI, *La tutela procedurale e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, p. 62, CEDAM, 2016. Secondo l'A. in tali casi "all'obiettivo 'rimediale' che si sostanzia nell'accertamento della violazione commessa e nella previsione del relativo rimedio se ne può coniugare (...) uno non 'rimediale' consistente nell'indurre processi di 'revisione' all'interno degli ordinamenti statuali".

⁶⁷ P. PIRRONE, *Art. 46*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 748. È possibile così distinguere tra un "difetto sistemico di carattere legislativo" se la violazione è la conseguenza diretta ed immediata dell'applicazione o dell'assenza di una norma di legge. Oppure il difetto può essere di carattere amministrativo nei casi in cui la disfunzione dipenda da una "prassi applicativa o da un diffuso malfunzionamento delle strutture amministrative", A. SACCUCCI, *Accesso ai rimedi costituzionali previo esaurimento e gestione "sussidiaria" delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2012, p.267. Si veda, inoltre, P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze*, già cit. sub-nota 38, secondo cui le misure a portata generale possono essere adottate anche a seguito di una violazione conseguente all'adozione di uno specifico provvedimento individuale. Tuttavia, la differenza tra l'ipotesi in parola e quella in cui il provvedimento individuale è "l'inevitabile conseguenza della necessaria

Lo strumento del quale la Corte si avvale per esaminare i ricorsi nei quali si contesta una violazione strutturale è quello della c.d. procedura pilota che le permette di identificare chiaramente, nelle sue sentenze, l'esistenza di problemi strutturali alla base della violazione dei diritti della CEDU e di indicare quali misure o azioni specifiche devono essere adottate dagli Stati convenuti al fine di porvi rimedio.

La diffusione di tale procedura, mediante la quale si impone l'adozione di misure di portata generale, risulta fortemente legata al riconoscimento della natura costitutiva (non più solo dichiarativa) delle sentenze della Corte. Invero, ove la Corte è chiamata a dover verificare l'esistenza di violazioni strutturali, "il contenuto rilevante delle sentenze è andato oltre i confini tracciati dall'oggetto formale della causa, per abbracciare le valutazioni adottate dalla Corte europea in merito all'esistenza e ai possibili rimedi da attuare"⁶⁸. In buona sostanza, il ricorso alla procedura pilota testimonierebbe il superamento della funzione di "giustizia del caso concreto" tipica della Corte Edu⁶⁹.

La *ratio* della procedura pilota si individua in primo luogo nell'esigenza di incentivare (nonché coadiuvare) lo Stato convenuto nell'adozione di misure

applicazione della norma interna", consiste nella diversa tipologia di misura generale adottata. Ove la violazione scaturisce dall'adozione di un provvedimento individuale che, tuttavia, non discende dall'applicazione di una norma interna, generalmente gli Stati divulgano la sentenza della Corte così da indurre gli organi dello Stato a interpretare le norme interne alla luce della sentenza".

⁶⁸ G. REPETTO, già cit. sub-nota 32, p. 1087. In senso analogo, P. PIRRONE, *Art. 46*, già cit. sub-nota 67. Secondo l'A. tramite le sentenze pilota, la Corte avrebbe sopperito all'"assenza strutturale di un effetto diretto e prevalente delle proprie decisioni a livello interno". Inoltre, secondo M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: the Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in A. V. BOGDANDY - I. VENZKE (eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Berlin/New York, 2012, pp. 332 e ss., l'espansione dei poteri riconosciuti alla Corte mediante l'emaneazione di sentenze pilota, avrebbe "istituzionalizzato un obbligo di *lawmaking* a carico degli Stati, particolarmente evidente quando la carenza strutturale a livello interno coincide con una norma legislativa".

⁶⁹ P. SIMONE, *Decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento giuridico nazionale: gli effetti delle "sentenze pilota"*, in *Processo penale e giustizia*, n.2/2014, pp.133-143. Si veda altresì B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Aic*, n.4/2011, pp. 1 e ss., secondo cui la procedura pilota potrebbe essere assimilata ad un giudizio sulle leggi" in tutti quei casi in cui la violazione strutturale dipende da una legge o da una sua mancanza. In senso analogo, M. YAVUZ, *The pilot judgement procedure: a breakthrough to overcome the workload of the european court of human rights?*, in *Human right review*, 5/2015, pp. 87-107 e S. VEZZANI, già cit. sub-nota 27, secondo cui la Corte Edu, negli ultimi anni, avrebbe valorizzato la sua funzione "para-costituzionale" di tutela dell'interesse generale al rispetto del diritto oggettivo.

quanto più idonee a soddisfare i diritti convenzionali rispetto a un mero ristoro di natura patrimoniale che conseguirebbe alla trattazione individuale dei ricorsi. Tuttavia, la finalità non è solo quella di rimuovere le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla violazione, quanto piuttosto di indurre lo Stato responsabile a risolvere tutti quei casi che dipendono dal medesimo problema strutturale e facilitare la risoluzione più rapida ed efficace di tale disfunzione. Lo scopo, dunque, è quello di “risolvere *erga omnes* il problema sistemico (...)” per assolvere ad una “finalità di garanzia generale dell’ordine pubblico europeo”, atteso che all’interesse individuale del singolo ricorrente viene affiancarsi l’interesse collettivo alla tutela dei diritti CEDU⁷⁰.

Prima di soffermarsi sullo specifico *modus operandi* della procedura pilota, è bene precisare che parte della dottrina⁷¹ distingue tre grandi categorie di sentenze pilota. Una prima categoria (*sentenze pilota in senso stretto*) ricomprende tutte quelle decisioni i cui effetti sono destinati a prodursi nei confronti di una pluralità di soggetti non determinabili *a priori*⁷². In tali casi, la Corte accerta l’esistenza di una violazione ed indica le misure di portata generale che lo Stato è tenuto ad adottare, al fine di rimediare alla violazione.

In una seconda categoria (*sentenze pilota in senso lato*) rientrerebbero quelle decisioni fondate su una “disfunzione sistemica” degli ordinamenti nazionali nelle quali, tuttavia, la Corte, si limita a imporre agli Stati l’obbligo di adottare misure di carattere generale o individuale (ai sensi dell’art. 46 CEDU), senza ulteriore specificazione. Tale categoria, quindi, andrebbe tenuta distinta dalla prima, posto che solo in quest’ultima la Corte indica esattamente, nel testo della sentenza, gli specifici rimedi imposti allo Stato convenuto.

Infine, un’ultima categoria sarebbe rappresentata dalle *sentenze che accertano ma non dichiarano una violazione sistemica*. Nel testo di tali decisioni, non vi è alcun richiamo esplicito all’obbligo di esecuzione ex art. 46 CEDU anche al di là del caso di specie. Tuttavia, la Corte accerta l’esistenza di una violazione sistemica e intima lo Stato convenuto a porvi rimedio.

⁷⁰ A. SACCUCCI, già cit. sub-nota 67, p. 268-269.

⁷¹ G. REPETTO, già cit. sub-nota 32.

⁷² In tal senso, la stessa Corte Edu ha definito la natura sistemica della violazione: “the violations found [...] were neither prompted by an isolated incident, nor attributable to a particular turn of events in this case, but were rather the consequence of regulatory shortcomings and/or administrative conduct of the authorities”.

Se, in linea generale, le tre categorie enunciate sono accomunate dall'accertamento di una violazione non isolata ma sistemica/strutturale, diverse sono le conseguenze che da queste discendono. Tale distinzione, infatti, riflette, la maggiore o minore forza vincolante delle sentenze della Corte, posto che solo nella categoria di quelle che sono definite *sentenze pilota in senso stretto*, è individuata puntualmente il tipo di misura che lo Stato è obbligato ad adottare.

A questo punto, è bene procedere nell'analisi della procedura che porta all'emanazione di una sentenza pilota (rientrando secondo parte della dottrina, nella categoria delle *sentenze pilota in senso stretto*).

Tale procedura viene attivata in presenza di una pluralità di ricorsi derivanti da una situazione analoga, in fatto e imputabile alle medesime violazioni, in diritto. Tra i numerosi ricorsi presentati, la Corte seleziona solo uno di essi (rappresentativo della disfunzione sistemica) per una trattazione prioritaria, sia al fine di ridurre il carico di lavoro dinanzi alla Corte sia al fine di adottare un'unica soluzione idonea ad estendersi anche al di là del caso deciso e risolvere, così, le analoghe questioni presentate. La peculiarità della procedura pilota consiste nella possibilità che la Corte sospenda l'esame degli altri ricorsi, in attesa della conclusione della procedura e al fine di consentire una trattazione rapida⁷³.

La Corte, dunque, emanerà una "sentenza pilota" mediante la quale non si limiterà a verificare se vi sia stata una violazione della Convenzione nel caso di specie ma individuerà la disfunzione strutturale all'interno dell'ordinamento dalla quale dipende la violazione sistemica. Una volta accertata l'esistenza di un problema strutturale, indicherà le misure che lo Stato convenuto è tenuto ad adottare al fine di eliminare la disfunzione. Tali misure generalmente consistono in "*a combination of preventive and compensatory remedies*". I "preventive remedies" hanno la funzione principale di rimediare ai problemi strutturali già identificati e consistono nella possibile abrogazione di leggi o regolamenti, modifiche di orientamenti giurisprudenziali o prassi amministrative. Con la seconda tipologia di misure, invece, la Corte impone

⁷³ La procedura, che consente di sospendere la trattazione di quei ricorsi che presentano le medesime caratteristiche della sentenza pilota, non è possibile con riferimento alla categoria di quelle che sono definite sentenze pilota in senso lato.

l'adozione di misure con lo scopo di compensare i danni subiti dagli individui a causa della disfunzione strutturale.

In linea tendenziale, l'attuazione delle sentenze pilota, lascia un margine di discrezionalità minore rispetto alle sentenze emesse all'esito di una trattazione individuale. Se, infatti, per l'esecuzione di queste ultime, gli Stati godono di libertà nella scelta dei mezzi attraverso cui perseguire tale risultato, lo stesso non può dirsi per l'esecuzione delle sentenze pilota. Sul punto vi è chi sostiene, infatti, che le sentenze pilota non pongano a carico degli Stati un mero obbligo di risultato, posto che la discrezionalità nella scelta delle misure da adottare è fortemente ridotta⁷⁴.

Ad ogni modo, è bene rilevare che la stessa giurisprudenza della Corte Edu non è univoca sul punto. In alcuni casi, infatti, la Corte ha limitato la libertà di scelta dello Stato responsabile, imponendo misure di tipo compensativo, quali uniche misure in grado di rimediare alla violazione strutturale⁷⁵. In altre pronunce, invece, ha statuito che dovessero essere imposte congiuntamente “*preventive and compensatory remedies*”⁷⁶. In altre ancora ha rimesso allo Stato la scelta su quali misure adottare⁷⁷.

Una volta emanata la sentenza pilota con l'indicazione delle relative misure, la Corte individua un termine entro il quale lo Stato è tenuto a dare esecuzione alla sentenza. Tale termine viene individuato tenendo conto della natura delle misure richieste e della rapidità con cui può porsi rimedio, sul piano interno, al

⁷⁴ G.CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU*, già cit. sub-nota 20, p. 586. In senso contrario, V. ESPOSITO, già cit. sub-nota 52; S.VEZZANI, già cit. sub-nota 27. Secondo tali AA. residua in capo agli Stati un potere discrezionale nella scelta delle misure da adottare anche ove trattasi di dare esecuzione a sentenze pilota.

⁷⁵ Generalmente tale tipologia di misure è stata imposta dalla Corte nei casi concernenti la prolungata non-esecuzione delle sentenze nazionali e l'assenza di rimedi interni. Si vedano *ex multis* sentenze del 7 maggio 2002, Burdov c. Russia, appl. n. 59498/00; del 28 luglio 2009, Olaru c. Moldova, applications nn. 476/07, 22539/05, 17911/08;

⁷⁶ Si veda *ex multis* sentenza dell'8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, ove la Corte ha statuito che lo Stato convenuto entro un anno dalla sentenza in parola “dovrà istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente”. Al contempo ha condannato lo Stato al versamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno.

⁷⁷ Si veda Broniowski c. Polonia, già cit. sub-nota 59, par. 4 delle conclusioni, ove la Corte ha statuito all'unanimità che “the respondent State must, through appropriate legal measures and administrative practices, secure the implementation of the property right in question (...)”.

problema accertato dalla Corte⁷⁸. Se, nel termine concesso, lo Stato adempie quanto stabilito nella sentenza pilota, i ricorsi “congelati” vengono dichiarati improcedibili o cancellati dal ruolo. In caso di inadempimento, invece, la Corte sarà tenuta a riprendere l’esame dei casi rinviati e sospesi fino a quel momento. Tale ultima ipotesi, può verificarsi, inoltre, ove un esame tempestivo degli altri ricorsi sia necessario al fine di preservare peculiari esigenze del ricorrente. Se, quindi, l’eventuale dilazione nel tempo, potrebbe vanificare il diritto di cui è titolare il ricorrente.

La procedura pilota è stata inaugurata, per la prima volta, dalla Corte Edu nel caso *Broniowski c. Polonia*⁷⁹. Già il Comitato dei ministri, aveva invitato la Corte “*to identify, in its judgments finding a violation of the Convention what it considers to be an underlying systemic problem and the source of that problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist States in finding the appropriate solution*”⁸⁰.

A partire dalla sentenza in parola, la Corte, in taluni casi, circoscrive la discrezionalità normalmente concessa agli Stati nell’individuazione delle

⁷⁸ Si veda *ex multis* sentenza del 10 marzo 2015, *Varga and others v. Hungary*, applications nn. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, and 64586/13, par. 112 ove “the Court considers that a reasonable time-limit is warranted for the adoption of the measures, given the importance and urgency of the matter and the fundamental nature the Government should make the appropriate steps as soon as possible”. In ogni caso, non ritiene opportuno indicare un periodo di tempo specifico.

⁷⁹ Sentenza già cit. sub-nota 59, nella quale la Corte ha constatato la violazione dell’art. 1, Protocollo n.1 che tutela il diritto di proprietà. In particolare, tale violazione deriva da un problema strutturale di malfunzionamento della legislazione e della prassi nazionale per attuare il “diritto di credito” (*sub specie* di indennizzo) dei richiedenti, per essere stati costretti ad abbandonare i beni, di loro proprietà, ad est del fiume Bug, in una porzione di territorio incorporata dall’Unione Sovietica. Posto che la disfunzione strutturale dell’ordinamento interno determinava una violazione sistematica della Convenzione, la Corte ha prescritto che “lo Stato convenuto deve, attraverso misure legali ed una prassi amministrativa adeguata, assicurare l’attuazione del diritto patrimoniale in questione con riguardo ai restanti ricorrenti già titolari di beni abbandonati al di là del fiume Bug o procurare loro una riparazione equivalente in sua vece, conformemente ai principi di tutela dei diritti patrimoniali di cui all’art. 1 del Protocollo n. 1” (par.194).

⁸⁰ Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, (Res (2004)3), del 12 maggio 2004 relativa alle sentenze che accertano un problema strutturale sottostante alla violazione. Si veda anche Raccomandazione del 12 maggio 2004, Rec (2004) 6, con cui il Comitato dei ministri ha stabilito che gli Stati aderenti sono tenuti a rivedere l’efficacia dei rimedi interni o ad introdurne di nuovo, “following Court judgments which point to structural or general deficiencies in national law or practice”. Ciò al fine di evitare che la Corte venga nuovamente adita per casi analoghi che contestino la medesima violazione quale conseguenza di una disfunzione strutturale dell’ordinamento.

misure idonee a dare esecuzione alle sue sentenze ex art. 46 CEDU, proprio in quanto ravvisa una violazione sistemica della Convenzione che trova la sua fonte in un problema strutturale dell'ordinamento nazionale. Invero, è proprio in considerazione della violazione sistemica che la Corte ritiene più consono che siano adottate misure di carattere generale⁸¹. Ciò significa che le misure adottate devono essere tali da porre fine al difetto sistemico così da “*not to overburden the Convention system with large numbers of applications deriving from the same cause*”⁸². La preoccupazione della Corte, infatti, è quella di “*facilitate the most speedy and effective resolution of a dysfunction established in national human rights protection*”⁸³. Al fine di garantire, dunque, un efficace funzionamento del sistema CEDU “*individual and general redress should go hand in hand*”.

La procedura, così come sinteticamente descritta nella sentenza *Broniowski*, ha trovato un fondamento normativo nell'art. 61 del Regolamento della Corte⁸⁴, così recependo l'invito rivolto alla Corte di formulare “norme chiare e prevedibili per ciò che concerne la procedura della sentenza pilota in relazione alla selezione delle richieste, la procedura da seguire ed il trattamento dei casi sospesi”⁸⁵. La norma in parola, dunque, non solo ha chiarito quali sono gli elementi che consentono di qualificare una sentenza come “pilota” bensì anche le modalità procedurali che la Corte deve necessariamente seguire nell'emanare tale decisione⁸⁶.

Tuttavia, l'art. 61 non ha individuato tra i presupposti che consentono il ricorso alla procedura pilota la pendenza di “ricorsi ripetitivi” dinanzi alla Corte. Sicché deve osservarsi che la procedura può essere attivata anche in presenza di un solo ricorso che evidenzi il pericolo di future violazioni della Convenzione⁸⁷.

⁸¹ Par. 193, sentenza *Broniowski c. Polonia*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Regolamento adottato in sessione plenaria il 21 febbraio 2011 ed entrato in vigore il 1 aprile 2011.

⁸⁵ Dichiarazione adottata dalla “Conferenza ministeriale sul futuro della Corte Europea dei diritti umani”, del 19 Febbraio 2010, Interlaken Conference.

⁸⁶ In particolare l'art. 61, par. 3 statuisce che “La Corte deve indicare nella sentenza pilota da essa adottata la natura del problema strutturale o sistemico o della disfunzione da essa constatata e il tipo di misure riparatorie che la Parte contraente interessata deve prendere a livello interno in applicazione del dispositivo della sentenza”.

⁸⁷ S. VEZZANI, già cit. sub-nota 27.

L'art. 61, par. 2, poi, precisa che la Corte deve invitare le parti a comunicare se, a loro avviso, vi sia una disfunzione strutturale nell'ordinamento dello Stato convenuto. Tale prassi, consente alla Corte di instaurare un contraddittorio in una fase antecedente all'instaurazione della procedura, affinché possa valutare se applicare o meno la procedura pilota al caso di specie. La richiesta di informazioni, quindi, ha lo scopo di agevolare il lavoro della Corte. In ogni caso, la procedura può essere attivata d'ufficio o su richiesta di una delle parti.

Al contempo, la norma in parola codifica altresì la prassi relativa alla "sospensione" di eventuali ricorsi ripetitivi, in attesa che lo Stato si adegui alla sentenza pilota. Tuttavia, parte della dottrina critica tale norma, posto che se è pur vero che la *ratio* del congelamento dei ricorsi ripetitivi è quella di limitare il carico di lavoro della Corte, ciò comporta "un sacrificio degli interessi individuali dei ricorrenti"⁸⁸. Invero, la Corte godrebbe di ampia discrezionalità nel decidere se rinviare l'esame dei ricorsi ripetitivi, ove lo Stato non dia esecuzione alla sentenza pilota ed ometta di adottare le misure richieste. Infine, sempre nell'ottica degli interessi individuali dei ricorrenti, questi ultimi saranno costretti ad esperire i mezzi di ricorso disponibili per effetto delle modifiche compiute dallo Stato in esecuzione della sentenza pilota. Mezzi di ricorso, la cui efficacia, tuttavia "non è comprovata da alcuna prassi applicativa"⁸⁹.

In conclusione, la sentenza pilota, una volta divenuta definitiva, deve essere eseguita al pari di ogni altra sentenza che segue alla trattazione individuale di un ricorso. Trova applicazione, dunque, l'art. 46 CEDU con il relativo controllo del Comitato dei ministri. Tuttavia, nel caso dell'esecuzione di una sentenza pilota, il potere di controllo del Comitato è più incisivo, atteso che segue più da vicino l'esecuzione della sentenza fornendo maggiori istruzioni.

3.3. Segue: Il "rimedio" del mutamento della giurisprudenza nazionale.

Nei casi in cui la violazione accertata con sentenza definitiva della Corte Edu dipende dall'interpretazione e dall'applicazione di una norma interna, il rimedio per ovviare a tale violazione potrà consistere in un'interpretazione conforme alla CEDU ovvero in un mutamento della giurisprudenza nazionale.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 57.

⁸⁹ *Ibidem*.

È ben possibile, dunque, che gli organi giurisdizionali dello Stato responsabile, al fine di dare esecuzione agli obblighi convenzionali, diano un'interpretazione della norma interna diversa rispetto a quella fino ad allora prevalente.

Il mutamento della giurisprudenza nazionale, quale misura per dare esecuzione alle sentenze della Corte Edu, trova il suo fondamento nell'art. 46, par. 1 CEDU che vincola gli Stati aderenti a conformarsi a tale giurisprudenza. Vincolo che, come già osservato, si pone nei confronti di tutti gli organi dello Stato aderente al Consiglio d'Europa, anche quelli dello Stato che non è stato parte del procedimento dinanzi alla Corte.

È chiaro, che il rimedio in parola ha una portata generale nel senso che esso è finalizzato “ad evitare il ripetersi della violazione ai danni di persone diverse dal ricorrente”⁹⁰.

Ne consegue, dunque, che anche il mutamento giurisprudenziale ha due finalità distinte. Da un lato quella di ovviare alla violazione convenzionale accertata in sede europea. Dall'altro quella di evitare la ripetizione di violazioni analoghe a quelle in concreto accertate dalla Corte Edu.

Il mutamento giurisprudenziale, ha inoltre quale effetto quello di evitare modifiche legislative che il più delle volte richiedono procedure alquanto complesse e conseguentemente di rendere più celere l'adattamento alle sentenze della Corte Edu⁹¹.

4. Il controllo del Comitato dei ministri.

Il Comitato dei ministri⁹², ai sensi dell'art. 46, par. 2, CEDU, ha il compito di sorvegliare la corretta esecuzione delle sentenze definitive della Corte⁹³.

⁹⁰ P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze*, già cit. sub-nota 38.

⁹¹ V. ZAGREBELSKY, *I mutamenti legislativi o regolamentari*, già cit. sub-nota 41. Secondo l'A. il ruolo rivestito dai giudici nazionali di “tutori del diritto” implica il dovere degli stessi di modificare l'orientamento giurisprudenziale nazionale, al fine di adeguarsi alle sentenze della Corte Edu.

⁹² Organo politico-esecutivo del Consiglio d'Europa, coadiuvato dal Comitato direttivo per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa (CDDH).

⁹³ La competenza del Comitato dei Ministri è stata da taluni equiparata al potere del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite nel controllare l'esecuzione delle sentenze della Corte internazionale di giustizia. Si veda in tal senso G. RAIMONDI, *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti umani negli affari nei quali essi sono parti: l'art. 46, primo comma, della CEDU*, in AA. VV. (a cura di), *La Corte europea dei diritti umani*, 2003, pp. 42 e ss. In senso critico S. VEZZANI, già cit. sub-

Vediamo in cosa si esplica tale competenza e in che termini essa si pone con il ruolo attribuito alla Corte Edu.

Per quanto concerne il primo profilo, la competenza del Consiglio dei ministri si è gradualmente modificata nel corso del tempo divenendo sempre più incisiva, soprattutto alla luce dell'aumento dei ricorsi individuali alla CEDU e dell'importanza di garantire un adeguamento alle sentenze rese dalla Corte sempre più tempestiva ed efficace. Soprattutto al fine di evitare il ripetersi sistematico di violazioni identiche e la sostanziale vanificazione del principio di sussidiarietà⁹⁴.

Tradizionalmente, infatti, il Consiglio si limitava ad accertare se lo Stato responsabile avesse corrisposto la somma di denaro ingiunta dalla Corte. Esulava, dunque, dalla sua competenza, una valutazione in merito all'idoneità delle misure, generali o individuali, che lo Stato comunicava di aver adottato per riparare alla violazione. L'approvazione di tali misure non soggiaceva, dunque, ad un controllo espresso ma era implicita nell'adozione della Risoluzione finale con la quale il Consiglio chiudeva la procedura.

Solo in un secondo momento, la competenza del Comitato è divenuta più incisiva. In taluni casi essa si esprimeva nella richiesta di informazioni puntuali allo Stato responsabile, in altri nell'indicare le misure da adottare al fine di ovviare alla violazione⁹⁵.

Ad oggi, tuttavia, è bene rilevare che la competenza del Comitato si traduce in un mero potere di controllo, posto che questi non può sostituirsi agli Stati nel decidere quale misura sia la più idonea per dare esecuzione alla sentenza nella

nota 27, che osserva che i poteri del Comitato dei ministri sono di gran lunga meno incisivi rispetto a quelli del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

⁹⁴ A. ATTERITANO, già cit. sub-nota 49.

⁹⁵ Nel caso Dorigo, ad esempio, con Risoluzione DH (2002) 30, del 19 febbraio 2002, il Comitato ha espressamente indicato allo Stato italiano che la misura più appropriata per dare esecuzione alla sentenza della Corte, fosse quella che consentisse la riapertura del processo svoltosi in violazione dell'art. 6 CEDU. In ogni caso, secondo autorevole dottrina (si veda P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze*, già cit. sub-nota 38), anche ove il Comitato indichi espressamente le misure da adottare, trattasi di mere *raccomandazioni* che lasciano, comunque allo Stato responsabile "la possibilità di scegliere in alternativa altre misure *ad hoc*". Il regolamento del 10 gennaio 2001 del Comitato dei ministri ha codificato tale prassi, prevedendo espressamente che il potere di controllo del Comitato si espliciti sia nell'accertamento del versamento effettivo della somma di denaro ingiunta allo Stato responsabile che nell'esame delle misure necessarie per dare esecuzione alla sentenza. Il Comitato, dunque, potrà imporre anche l'adozione di misure a portata generale con la finalità di imporre allo Stato la cessazione della violazione e l'eliminazione delle sue conseguenze.

quale sia stata constatata la violazione della CEDU. Ciò in ragione dell'opinione prevalente secondo cui, come già osservato, l'art. 46, par. 1, CEDU, pone in capo agli Stati dei meri obblighi di risultato. Per tale ragione, il Comitato è titolare di una "funzione di controllo collettivo"⁹⁶, poiché affidato a tutti gli Stati aderenti al Consiglio.

Tuttavia, ci si è chiesti, in che termini si pone tale potere di controllo, che nel corso del tempo è divenuto sempre più incisivo, con la libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attraverso cui dare esecuzione agli obblighi internazionali. Parte della dottrina ha osservato che tra essi sussiste un "rapporto inversamente proporzionale" atteso che il controllo del Comitato varia a seconda "del contenuto e delle caratteristiche dell'obbligo che deriva dalla sentenza" della Corte Edu⁹⁷. Ciò significa che ove la Corte abbia ingiunto allo Stato responsabile la corresponsione di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione, il controllo del Comitato sarà maggiore, riducendosi la libertà dello Stato nella scelta dei mezzi. Analogamente, sarà minore la libertà degli Stati e maggiore il potere di controllo del Comitato, nell'ipotesi in cui la sentenza della Corte ordini la cessazione della violazione constatata. Al contrario, maggiore sarà il margine di discrezionalità dello Stato responsabile nella scelta delle misure da adottare per eliminare le conseguenze della violazione. In tali casi, il Comitato potrà limitarsi a *raccomandare* l'adozione di quella misura che risulti più idonea, senza, tuttavia, intaccare la discrezionalità dello Stato nella scelta del mezzo che ritiene più consono.

In ogni caso, la libertà di scelta dello Stato è fortemente condizionata dal giudizio positivo del Comitato dei ministri in ordine all'idoneità della misura. Sicché tale giudizio impedisce, di fatto, che "la libertà dello Stato si risolva in arbitrio e riconduce tale libertà nell'ambito di un corretto esercizio del potere discrezionale dello Stato sull'idoneità del mezzo scelto"⁹⁸.

Il procedimento di controllo, si conclude con una risoluzione finale, adottata a maggioranza qualificata, con cui si dichiara concluso il caso. Tale decisione è legata al caso concreto, posto che tiene conto della specifica situazione di fatto e di diritto. Ciò non impedisce, dunque, che la Corte Edu, in un caso successivo

⁹⁶ V. ESPOSITO, già cit. sub-nota 52, p. 56.

⁹⁷ P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze*, già cit. sub-nota 38.

⁹⁸ V. ESPOSITO, già cit. sub-nota 52, p. 62.

a quello sul quale si è pronunciato il Comitato dei ministri, possa giudicare la relativa misura non idonea a porre rimedio alla violazione constatata.

In merito al rapporto esistente tra il potere di controllo relativo alla corretta e piena esecuzione delle sentenze della Corte Edu e il ruolo spettante a quest'ultima, è bene rilevare che non sempre è escluso un controllo da parte della Corte⁹⁹.

È possibile individuare due casi nei quali la Corte, al di là della competenza esclusiva del Comitato dei Ministri ex art. 46 CEDU, è chiamata a valutare il rispetto dell'obbligo di esecuzione delle sue sentenze.

Un primo caso si individua nell'ambito di un eventuale giudizio instaurato dalla vittima, a causa dell'omessa adozione, da parte dello Stato responsabile, di misure idonee a dare esecuzione ad una sentenza della Corte¹⁰⁰. Nell'ambito di tale giudizio, la Corte sarà tenuta a verificare se l'inadempimento dello Stato configuri la violazione di un ulteriore diritto garantito dalla CEDU che discende da una corretta e pronta esecuzione delle sentenze della Corte.

Un'altra ipotesi nella quale la Corte si preoccupa di verificare che lo Stato condannato abbia adottato adeguate misure riparatorie si ha nell'ambito del procedimento per equa soddisfazione ex art. 41 CEDU, nei casi in cui il diritto interno non consente di rimuovere le conseguenze della violazione accertata dalla Corte¹⁰¹. Ad ogni modo, tale controllo consiste nel verificare e nell'individuare, al fine di determinare il *quantum* dell'equa soddisfazione, le

⁹⁹ Tuttavia, si veda P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze*, già cit. sub-nota 38, secondo cui deve escludersi una competenza della Corte di controllo sulla corretta esecuzione delle sentenze da parte degli Stati, per due ordini di motivi. In primo luogo, poiché l'art. 46, par. 2 CEDU attribuisce espressamente e in via esclusiva tale competenza al Comitato dei ministri. Il secondo motivo è strettamente connesso al principio di attribuzione secondo cui le istituzioni internazionali, e in tale caso la Corte, sono titolari delle competenze ad esse attribuite dagli Stati. Sicché non potrebbe riconoscersi alla Corte una competenza, quella sulla corretta esecuzione delle sentenze, ad essa non espressamente attribuita.

¹⁰⁰ In senso critico P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze*, già cit. sub-nota 38, p. 194, secondo cui l'art. 34 CEDU sarebbe di ostacolo alla competenza della Corte di accertare se lo Stato responsabile abbia rispettato l'art. 46, par.1 CEDU posto che dal dato letterale non si desume la possibilità di ricorso individuale per mancata attuazione di una sentenza della Corte.

¹⁰¹ Si ricordi che, generalmente le domande ex art. 41 CEDU sono decise congiuntamente al merito del ricorso, salvo quei casi in cui la Corte decida di attendere che siano esauriti i rimedi azionabili, sul piano interno, dalla vittima, affinché siano riparate le conseguenze della violazione accertata in sede europea.

conseguenze pregiudizievoli della violazione CEDU accertata e che non sono stata rimosse dalle Autorità nazionali.

In buona sostanza, il controllo della Corte nei casi indicati, consiste nel verificare, non solo, se in concreto una misura sia stata adottata, bensì anche se tale misura abbia eliminato le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla constatata violazione. Non ha ad oggetto, dunque, la specifica misura mediante la quale lo Stato intende dare esecuzione alle sentenze della Corte, competenza questa esclusiva del Comitato dei ministri ex art. 46, par. 2, CEDU.

In via conclusiva, è bene ricordare che il Protocollo n. 14¹⁰², che ha in parte innovato l'art. 46 CEDU, ha previsto una maggiore collaborazione tra Comitato dei ministri e Corte EDU nel controllo sulla corretta esecuzione delle sentenze. Il par. 3 del novellato art. 46, prevede infatti la possibilità che il Comitato domandi alla Corte di risolvere una questione interpretativa in merito ad una sentenza definitiva che rende difficile la sua corretta esecuzione. Al contempo, il Comitato può deferire alla Corte la questione sull'esecuzione degli obblighi convenzionali, ove lo Stato aderente rifiuti di conformarsi alla sentenza definitiva, affinché la Corte pronunci una sentenza di condanna per inottemperanza (par. 4). Infine, è la Corte che può rinviare la causa al Comitato, affinché esamini le misure da adottare, ove accerti l'inottemperanza dello Stato all'obbligo di esecuzione delle sentenze (par. 5)¹⁰³.

5. L'efficacia di “res interpretata inter partes”.

L'obbligo di adeguarsi alle sentenze della Corte ex art. 46 CEDU è strettamente connesso al vincolo interpretativo che da queste discende.

L'efficacia di *res interpretata*, invero, si fonda sulle norme materiali della convenzione, atteso che esse “inglobano” l'interpretazione che ne ha dato la Corte, nella propria giurisprudenza¹⁰⁴.

¹⁰² Adottato il 13 maggio 2004 ed entrato in vigore il 1 giugno 2010.

¹⁰³ Nei casi enunciati dai paragrafi 4 e 5 dell'art. 46, viene in rilievo la c.d. procedura di infrazione che si svolge dinanzi alla Grande Camera, ha natura contenziosa e si conclude con una sentenza.

¹⁰⁴ P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze*, già cit. sub-nota 38. L'A. osserva che le norme convenzionali devono essere interpretate alla luce della giurisprudenza della Corte Edu, poiché tale interpretazione “si salda con le norme della Convenzione”. Inoltre, anche ove la Convenzione non sia incorporata

Parte della dottrina ha osservato che l'impegno di fedeltà degli Stati ai diritti e alle libertà convenzionali ex art. 1, è divenuto "un impegno di fedeltà nei confronti del significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo, che si riserva sempre più spesso la possibilità di imporre alle giurisdizioni degli Stati contraenti un'interpretazione del diritto interno conforme alla sua lettura della Convenzione"¹⁰⁵. Nello stesso senso chi osserva che la giurisprudenza di Strasburgo ha affermato in maniera alquanto incisiva l'immediata precettività dei diritti tutelati nella CEDU, nonché il vincolo interpretativo che di quei diritti offre la Corte medesima¹⁰⁶.

Ne consegue, dunque, che tale interpretazione diviene indispensabile, per estendere l'ambito di applicazione delle singole disposizioni convenzionali e diviene vincolo interpretativo per i giudici nazionali, atteso che questi saranno obbligati a un'interpretazione della Convenzione che tenga conto di quella eseguita, in prima istanza, dalla Corte¹⁰⁷. Tale vincolo si impone e si giustifica al fine di evitare che le singole autorità nazionali possano ledere il godimento dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, attraverso un'interpretazione non conforme allo spirito della stessa.

nell'ordinamento interno, la giurisprudenza della Corte deve essere tenuta in considerazione dagli organi dello Stato, nell'interpretazione del diritto interno.

¹⁰⁵ O.POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n.1/2009, p. 9.

¹⁰⁶ R.CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it, n.6/2010, pp. 16 e ss, (online). La stessa Corte Edu, ha affermato che le giurisdizioni nazionali devono, nella misura del possibile, interpretare e applicare il diritto interno conformemente alle disposizioni della Convenzione.

¹⁰⁷ Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, diverse sono state le decisioni da parte dei giudici nazionali, dirette ad affermare il vincolo interpretativo della giurisprudenza della Corte Edu. Si vedano le Sezioni unite civili della Cassazione, che hanno affermato per la prima volta che ai fini dell'applicazione delle norme della CEDU (nella specie l'art. 6) "non possono discostarsi dall'interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo" e che sussiste "un vero e proprio dovere del giudice italiano di interpretare la legge interna in modo conforme alla Convenzione europea "per come essa vive nella giurisprudenza della Corte europea", sentenze del 26 gennaio 2004, n. 1338, n. 1339, n. 1340 e n. 1341. La stessa Corte Costituzionale, nel prendere posizione sul valore della CEDU nell'ordinamento italiano, ha precisato che "la definitiva uniformità di applicazione è garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza «si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» dalla medesima (art. 32, comma 1, della CEDU)" (par. 6.2 sentenza 349/2007). Per approfondimenti si veda parte II, cap.1.

Tuttavia è bene rilevare che parte della dottrina osserva, in modo critico, che non può parlarsi di un obbligo di stretta conformazione alla giurisprudenza di Strasburgo¹⁰⁸ da parte delle autorità nazionali. Al contrario, sarebbe più corretto parlare di semplice obbligo di “tenere in considerazione” la giurisprudenza della Corte Edu. Sarebbe opportuno, dunque, circoscrivere l’efficacia interpretativa delle sentenze della Corte alla sussistenza di determinate condizioni che consentono di attribuire a quella giurisprudenza una maggiore forza vincolante, restringendone l’efficacia vincolante in assenza di tali condizioni¹⁰⁹. Tra esse, sicuramente potrebbe assumere particolare rilievo che la sentenza sia resa nei confronti di uno Stato piuttosto che di un altro¹¹⁰. Non meno importante è la distinzione tra “giurisprudenza consolidata e non”, secondo cui le pronunce isolate o comunque non espressive di un orientamento univoco e omogeneo non sarebbero vincolanti per i giudici nazionali. Solo, un orientamento costante (*id est*: consolidato) deve considerarsi vincolante sul piano ermeneutico per il giudice nazionale che sarà tenuto a porlo a fondamento del proprio processo interpretativo¹¹¹. Ulteriore aspetto da valutare al fine di rendere più o meno stringente il vincolo interpretativo dovrebbe essere la distinzione tra “pronunce rese da una Camera o dalla Grande Camera”. In definitiva, secondo tale orientamento, sarebbe opportuno escludere l’efficacia vincolante di quelle sentenze che non rappresentino “l’approdo definitivo di una giurisprudenza così convinta delle proprie ragioni, da iterarsi costantemente e senza incertezze”, rappresentando in tale caso più che un

¹⁰⁸ R.CONTI, già cit. sub-nota 106.

¹⁰⁹ E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, n. 7/2010, pp. 955-965. Secondo l’A. l’efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte Edu sarebbe una conseguenza necessaria al fine di ovviare al difetto di applicazione diretta delle norme convenzionali. Attraverso, dunque, un’operazione di politica giudiziaria, la Corte Edu, avrebbe compensato la scelta del legislatore di relegare la Convenzione in posizione subordinata alla Costituzione.

¹¹⁰ Per un’analisi compiuta dei diversi orientamenti a favore e contro un’efficacia interpretativa *erga omnes* delle sentenze della Corte Edu, si veda paragrafo successivo.

¹¹¹ In senso contrario, G.CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU*, già cit. sub-nota 20, secondo cui non rileva il carattere consolidato o meno dei principi enunciati nella giurisprudenza della Corte al fine di rendere più o meno stringente il vincolo di conformità.

obbligo conforme al quale adeguarsi necessariamente, un mero “autorevole suggerimento” del quale tenere conto¹¹².

In disparte coloro che tentano di ridurre la portata della giurisprudenza della Corte Edu, non manca quella parte della dottrina che tende ad escludere qualunque vincolo interpretativo nei confronti dei giudici nazionali¹¹³. In primo luogo, l'esistenza di tale vincolo presupporrebbe una disposizione normativa espressa idonea a fondare l'efficacia di *res interpretata* con forza vincolante nei confronti dei giudici nazionali. Disposizione che sul punto manca. In secondo luogo, l'efficacia vincolante di *res interpretata* presupporrebbe, a monte, l'esistenza di un rapporto gerarchico tra ordinamenti e, quindi, tra autorità giurisdizionali. Rapporto gerarchico, secondo tale orientamento, inesistente. Da ultimo, si ricorda come per quanto concerne l'ordinamento italiano, esso appartiene ai sistemi di *civil law* che non riconoscono il c.d. stare decisis e quindi escludono la vincolatività dei precedenti giurisprudenziali. Il potere giudiziario è subordinato solo ed unicamente alla legge. Ne consegue, dunque, che se i giudici nazionali non sono vincolati ai precedenti degli organi giurisdizionali interni, non si vede come possano esserlo nei confronti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Al di là della fondatezza o meno di tali argomentazioni, è chiaro che, in un'ottica di diritto internazionale, non appare corretta la limitazione che parte della dottrina pone all'efficacia di *res interpretata* delle sentenze della Corte Edu. L'obbligo di interpretazione conforme non dovrebbe subire limitazioni di alcun genere, soprattutto ove possa rappresentare lo strumento mediante il quale garantire un *surplus* di tutela per i diritti fondamentali. Non avrebbe senso, dunque, individuare dei temperamenti all'efficacia vincolante delle sentenze della Corte Edu per due ordini di motivi. In primo luogo, in quanto, la funzione ermeneutica degli organi giurisdizionali consente in ogni caso di attribuire vitalità al testo di legge nonché di adeguarlo agli sviluppi della realtà sociale. In secondo luogo, in quanto, probabilmente sarebbe più corretto valutare, caso per caso, la concreta applicazione al caso di specie di quella determinata

¹¹² M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella “morsa” delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, pp.595 e ss.

¹¹³ L. MARATEA, *Il valore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano. Spunti di riflessione critica*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2006, p. 107.

interpretazione proveniente da Strasburgo piuttosto che individuare *a priori* dei temperamenti o meglio dei limiti all'efficacia interpretativa delle sentenze della Corte Edu.

6. Efficacia interpretativa *erga omnes*.

Posto che le decisioni della Corte Edu hanno efficacia di cosa giudicata e interpretata *inter partes*, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate su una loro possibile efficacia *erga omnes*, atteso che sul punto manca un'espressa previsione convenzionale.

È chiaro che affermarne un'efficacia al di là del caso deciso vuol dire imporre l'obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte anche agli Stati non convenuti, i quali saranno tenuti a valutare l'incidenza nell'ordinamento interno della giurisprudenza della Corte.

Tuttavia, il riconoscimento di tale efficacia interpretativa *erga omnes*, se da un lato comporta dei benefici in termini di espansione delle garanzie, al contempo pone dei problemi di compatibilità con la sovranità degli Stati.

Per quanto concerne i vantaggi derivanti da un'estensione della portata delle sentenze della Corte, tra essi vi sarebbe il ruolo chiarificatore che tali decisioni assumerebbero nell'interpretazione della CEDU e nella salvaguardia dei diritti ivi contenuti. Considerato, soprattutto, che la CEDU non contiene un "elenco statico e immutabile di diritti", atteso che essi "vivono dell'interpretazione che di essi si afferma"¹¹⁴. Al contempo, la vincolatività di tali sentenze nei confronti di tutti gli Stati, e non solo di quelli parte nel procedimento, potrebbe svolgere una funzione deterrente al fine di evitare inadempimenti o violazioni analoghe a quelle accertate nel caso concreto. Contrariamente, negandosi un'efficacia *erga omnes* di tali decisioni, si attribuirebbe alle sentenze della Corte la natura di mero precedente autorevole non vincolante per gli Stati¹¹⁵.

Problema speculare, ove venga riconosciuta un'efficacia *erga omnes* alla giurisprudenza di Strasburgo, è quello concernente le limitazioni di sovranità.

¹¹⁴ S. VEZZANI, già cit. sub-nota 27, p. 54.

¹¹⁵ La stessa Corte Edu ha precisato che, sebbene non sia vincolata alle sue decisioni anteriori, "it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases", al fine di preservare la certezza del diritto, la prevedibilità e l'uguaglianza davanti alla legge, v. sentenza del 18 gennaio 2001, Chapman c. Regno Unito, ric. n. 27238/95, par. 70.

Estendere l'efficacia di una sentenza e dei principi ivi enunciati al di là del caso deciso e conseguentemente renderla vincolante anche nei confronti di quegli Stati che non abbiano preso parte al procedimento dinanzi alla Corte Edu, vorrebbe dire "assistere ad un'erosione della loro sovranità nazionale"¹¹⁶.

Ciò premesso, è bene rilevare che non vi è unanimità in dottrina nel riconoscere efficacia interpretativa *erga omnes* alle decisioni della Corte Edu.

Parte della dottrina¹¹⁷, muove dalla considerazione secondo cui la Corte Edu non ha una competenza esclusiva nell'interpretazione delle norme della Convenzione. Al contrario è sempre possibile un'interpretazione autonoma da parte dei giudici nazionali, anche ove "tale competenza conduca a un'erronea interpretazione del testo convenzionale, ricorribile comunque alla Corte europea"¹¹⁸. Ne consegue che le decisioni della Corte non hanno una forza vincolante al di là del caso deciso, se non nei confronti degli Stati parte del processo. Secondo tale orientamento, quindi, deve escludersi che sussista un obbligo di interpretazione conforme da parte degli Stati che non siano convenuti in un processo dinanzi alla Corte¹¹⁹. Ciò sarebbe confermato dal dato

¹¹⁶ Si veda, P. GAETA, *I diritti fondamentali nelle dinamiche delle tre Corti: spunti di riflessione, relazione all'incontro di studio su "Giudice penale, giudice costituzionale e corti sopranazionali"*, in www.csm.it, 2008, par. 7. La vincolatività delle decisioni della Corte, infatti, sottintenderebbe un rapporto gerarchico tra ordinamenti e in particolare tra organi giurisdizionali. V. ESPOSITO, già cit. sub-nota 52.

¹¹⁷ E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art. 117. 1° comma, Cost.*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1/2010, p. 128. Esclude l'efficacia vincolante delle sentenze della Corte per gli Stati diversi da quello parte in causa, V. STARACE, *L'inadeguatezza della vigente disciplina convenzionale*, già cit. sub-nota 51.

¹¹⁸ *Ibidem*. In senso analogo S. VEZZANI, già cit. sub-nota 27, p. 60. L'A. sottolinea che, ancorché gli Stati "non siano giuridicamente tenuti a uniformarsi agli orientamenti interpretativi desumibili dalle sentenze pronunciate nei confronti di altri Stati", non può escludersi una competenza della Corte Edu a sanzionare eventuali condotte difformi dello Stato in parola. Per tale motivo, sarebbe necessario un atteggiamento di cautela da parte degli organi giurisdizionali nazionali nell'interpretazione della CEDU. Tale per cui, la possibilità di discostarsi da precedenti orientamenti giurisprudenziali è possibile solo per "promuovere un'interpretazione più favorevole alla tutela dei diritti convenzionalmente protetti".

¹¹⁹ In tal senso si veda L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.2/2008, pp. 301-310. Secondo l'A. la Convenzione va letta per intero, compreso l'art. 46, par.1, che obbliga sì gli Stati a rispettare scrupolosamente le sentenze definitive della Corte europea, però solo se "pronunciate in controversie di cui sono parti". In senso analogo, P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze*, già cit. sub-nota 38, che riconosce l'"efficacia obbligatoria della Convenzione, negandolo però con riguardo alle sentenze della Corte Edu". Secondo l'A., invero, deve escludersi un obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte Edu sulla base normativa dell'art. 46 CEDU, ove non vi sia un atto interno di recepimento della Convenzione.

normativo, ove l'art. 46 CEDU riconosce la forza vincolante delle sentenze della Corte Edu, solo per gli Stati nei cui confronti esse siano rese. Una soluzione in senso opposto sarebbe stata possibile solo se gli Stati avessero specificato nella Convenzione il valore *erga omnes* delle sentenze della Corte¹²⁰.

Ad ogni modo, l'orientamento in parola nega l'efficacia *erga omnes* della giurisprudenza della Corte, valorizzando la natura del giudizio da essa compiuto. Trattasi di un giudizio fondato sul caso concreto che difficilmente, dunque, può estendersi al di là del caso deciso, posto che la Corte è necessariamente influenzata dalle circostanze specifiche che connotano l'ordinamento nazionale e il caso dinanzi ad essa pendente¹²¹.

Secondo un altro orientamento dottrinale, al contrario, le sentenze della Corte Edu godono di un'efficacia interpretativa *erga omnes* presso tutti gli Stati aderenti al Consiglio d'Europa¹²². La vincolatività al di là del caso deciso si giustifica per diversi ordini di motivi. In primo luogo, in un'ottica di diritto internazionale che tende all'armonizzazione e all'integrazione tra ordinamenti. In secondo luogo, in quanto si consentirebbe al giudice di poter scegliere tra le possibili interpretazioni del testo quella che rende la disposizione interna maggiormente conforme alla CEDU, al fine di evitare ripetute violazioni.

Secondo tale orientamento, dunque, l'efficacia interpretativa *erga omnes* comporterebbe un'erosione della sovranità statale, tale per cui lo "Stato deve avere le leggi e darsi un'organizzazione politica, giudiziaria o amministrativa conforme alle disposizioni della CEDU"¹²³. L'efficacia *erga omnes* della giurisprudenza di Strasburgo sarebbe giustificata, inoltre, dalla circostanza che la Corte Edu sembrerebbe aver dismesso il suo ruolo sussidiario di "custode dei

¹²⁰ S. VEZZANI, già cit. sub-nota 27.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2009, p.219. L'A. osserva che "la sentenza della Corte europea vale sì nei limiti ovvi del caso concreto". Tuttavia "(...) non certo in termini assoluti bensì per quanto di ragione, normalmente la sua portata può ben andare al di là della specie riguardata, e in ogni caso l'interpretazione della norma e la giurisprudenza che su di essa si consolida vanno sapute apprezzare al giusto nella loro sostanza". In senso analogo, R. CONTI, *L'interpretazione conforme e i dialoghi fra giudici nazionali e sovranazionali*, in *www.europeanrights.eu*, 2007, (online), p.3. Si veda anche V. ZAGREBELSKY, *I mutamenti legislativi o regolamentari*, già cit. sub-nota 41, p. 115, secondo cui "le sentenze della Corte hanno spesso, in modo più o meno marcato, una portata che va oltre il caso specifico: esse indicano quale sia il contenuto della norma convenzionale e mettono eventualmente in evidenza inadeguatezze del sistema normativo nazionale".

¹²³ V. ESPOSITO, già cit. sub-nota 52, p. 72.

diritti fondamentali per assumere quello di Corte costituzionale paneuropea dei diritti”¹²⁴. Un ruolo che si avvicina a quello di una Corte sovranazionale, connotato da una maggiore interferenza nei confronti dei singoli Stati parte in virtù della tendenza ad andare al di là del caso concreto.

Tuttavia, non manca chi sottolinea che il valore di *res interpretata* delle decisioni della Corte vada necessariamente temperato con i principi fondamentali degli ordinamenti interni¹²⁵. In buona sostanza, nel tener conto della giurisprudenza europea nel suo complesso, non può ignorarsi la circostanza che quella decisione sia stata resa in un contesto particolare¹²⁶. Ciò non toglie che la possibilità di discostarsi dal valore interpretativo delle sentenze della Corte ha portata eccezionale, atteso che in linea di principio ciascuno Stato, anche non parte del processo, è obbligato ad adeguarsi ad esse.

Se, dunque, si riconosce efficacia interpretativa *erga omnes* alle sentenze della Corte Edu, la dottrina si è interrogata su quale dovesse esserne il fondamento normativo.

Per prima cosa, deve escludersi che l’art. 46, par. 1 CEDU possa costituire adeguato fondamento normativo, ove si consideri che il dato testuale limita l’obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte Edu alle sentenze nelle quali gli Stati siano parte. Inoltre, individuare il fondamento normativo dell’efficacia interpretativa *erga omnes* nell’art. 46 vorrebbe dire estendere il potere di controllo del Comitato dei Ministri, sulla corretta esecuzione delle sentenze della Corte, a tutti gli Stati aderenti al Consiglio d’Europa, anche quelli che non siano convenuti dinanzi alla Corte.

L’orientamento prevalente, dunque, ne individua il fondamento normativo nel combinato disposto degli articoli 1-19 e 32 CEDU¹²⁷. Ciò comporta che

¹²⁴ J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Rev. Française droit constitutionnel*, 1998, pp. 711 e ss.

¹²⁵ G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU*, già cit. sub-nota 20. Così come diversi sono i punti di vista degli ordinamenti interni rispetto alla univoca posizione della Corte rivolta a garantire esclusivamente i diritti individuali.

¹²⁶ *Ibidem*, L’ A. ricorda che la stessa Corte Edu ha osservato che “non si possono ignorare caratteristiche di fondo e procedura dei diritti interni rispettivi degli Stati parte”, (sentenza del 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito, ric. n. 6538/74, par. 61).

¹²⁷ L’obbligo di interpretazione conforme ai sensi dell’art. 32 CEDU, viene criticato da S. VEZZANI, già cit. sub-nota 27, p. 60, secondo cui la norma in parola si limiterebbe a stabilire “che la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l’interpretazione e l’applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli”. Inoltre, tale norma specifica che tale competenza deve essere esercitata secondo quanto previsto,

viene meno la competenza del Comitato dei ministri sulla vigilanza dell'esecuzione delle sentenze, posto che tale competenza, come visto, è strettamente connessa all'efficacia di cosa giudicata *inter partes*. Ne consegue, dunque, che la violazione dell'autorità di cosa interpretata da parte di uno Stato che non sia parte nel procedimento, non troverà alcuna risposta sanzionatoria.

In disparte i dibattiti dottrinali, è bene rilevare che l'efficacia interpretativa *erga omnes* è stata per la prima volta affermata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa¹²⁸ che ne ha individuato il fondamento nel principio di solidarietà. Gli Stati, quindi, devono tener conto dell'eventuale incidenza che le sentenze emesse nei confronti di altri Stati, hanno nei loro ordinamenti interni.

La stessa Corte Edu, ritiene indispensabile l'integrazione della CEDU con una propria interpretazione al punto da negare un'applicazione del testo convenzionale ad opera dei giudici nazionali che non tenga conto del significato ad esso attribuito dalla Corte medesima¹²⁹. È la stessa Corte, invero

tra gli altri, dall'art. 46 CEDU. Ed è proprio tale disposizione che limita l'efficacia di cosa giudicata delle sentenze della Corte agli Stati nei confronti dei quali siano state rese. Sicché è chiaro che dal combinato disposto di tali due disposizioni non può evincersi l'efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte.

¹²⁸ Risoluzione del 28 settembre 2000, n. 122 secondo cui "(...) la giurisprudenza della Corte fa parte integrante della Convenzione, sì che il carattere giuridicamente obbligatorio della Convenzione è allargato *erga omnes* (a tutte le altre Parti). Da ciò consegue che gli Stati contraenti devono non solo eseguire le sentenze pronunciate dalla Corte nelle cause in cui sono parte, ma devono ugualmente tener conto delle eventuali incidenze che le sentenze pronunciate in altri casi possono avere sui loro sistemi e sulle loro prassi giuridiche". È bene ricordare, inoltre, che la questione relativa a una possibile efficacia interpretativa *erga omnes* delle sentenze della Corte Edu, è strettamente connessa a quella relativa al monopolio interpretativo della Corte, atteso che le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che la Corte ad esse conferisce.

¹²⁹ Sicché, ove il giudice nazionale non tenga conto dell'interpretazione della CEDU alla luce della giurisprudenza europea, la Corte Edu ha ritenuto per ciò solo possibile che il singolo possa ricorrere a Strasburgo, senza il previo esaurimento dei ricorsi interni (GC, sentenza del 29 marzo 2006, Scordino c. Italia, ric. n. 36813/97). Invero, un eventuale ricorso interno dinanzi a un giudice nazionale che non tenga conto dell'interpretazione della giurisprudenza europea in merito ad una norma convenzionale, non sarebbe un ricorso effettivo e adeguato ex art. 6, par. 1 CEDU. Si veda, inoltre, O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa*, già cit. sub- nota 105 che giustifica l'atteggiamento della Corte alla luce dell'allargamento ad Est del Consiglio d'Europa che avrebbe portato la Corte a superare l'impostazione casistica e ad affermarsi come "instrument of the European public order". È proprio tale espansione che avrebbe determinato un effetto invasivo sugli ordinamenti nazionali. Sicché, l'impegno di rispettare i diritti dell'uomo ex art. 1 CEDU, a cui gli Stati sono tenuti, si traduce in un impegno a rispettarli nel significato loro attribuito dalla Corte Edu. Ciò in quanto la Corte si riserverebbe, sempre più frequentemente, la competenza

che a più riprese conferisce alle sue decisioni un'efficacia di *res interpretata erga omnes*, che va oltre il caso deciso¹³⁰. Nonostante, infatti, tali sentenze abbiano un'efficacia limitata *inter partes*, nel senso di vincolare solamente lo Stato nei confronti del quale viene pronunciata la relativa sentenza, la Corte Edu gli attribuisce altresì forza interpretativa vincolante nei confronti degli Stati che non ne siano destinatari diretti. Secondo taluno, dunque, il tentativo di estendere l'efficacia *erga omnes* delle proprie sentenze sarebbe sintomatico della volontà della Corte Edu di voler assimilare il proprio ruolo a quello della Corte di Giustizia¹³¹.

Ne consegue, dunque, che gli Stati sono tenuti a conformarsi non solo alle decisioni rese nelle controversie di cui sono parte, bensì sono obbligati a tener conto della giurisprudenza della Corte complessivamente considerata. La *ratio* dovrebbe rinvenirsi nella necessità di prevenire violazioni convenzionali analoghe da parte degli Stati aderenti alla Convenzione, ancorché non parti del processo dinanzi alla Corte Edu. Le decisioni della Corte, dunque, assumerebbero un ruolo preventivo, idoneo a garantire un sistema di tutela dei diritti più efficace attraverso l'imposizione della vincolatività interpretativa delle sentenze al di là del caso deciso¹³².

Ciò nonostante è bene rilevare che la Corte non ha mai formalmente utilizzato l'espressione "*res interpretata ultra partes o erga omnes*". Tuttavia, tale autorità di cosa interpretata al di là del caso deciso può e deve desumersi dal *modus operandi* della Corte medesima. È, infatti, la Corte che nel constatare una

di imporre un'interpretazione del diritto interno convenzionalmente orientata che tenga conto dunque, della sua interpretazione.

¹³⁰ Scordino c. Italia, già cit. sub-nota 129, par. 64 ove la Corte ha osservato che "(...) deriva dal principio di sussidiarietà che le giurisdizioni nazionali devono, per quanto possibile, interpretare ed applicare il diritto nazionale conformemente alla Convenzione". La giurisprudenza della Corte, infatti, è parte integrante dei principi della Convenzione che vive nell'interpretazione della giurisprudenza della Corte.

¹³¹ O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa*, già cit. sub-nota 105.

¹³² *Ibidem*, p.9. L'A. osserva che sembrerebbe "che il giudice di Strasburgo voglia far leva sulla disponibilità degli Stati, al di là di un obbligo giuridico in questo senso, a conformarsi alla propria giurisprudenza". Dalla giurisprudenza della Corte, infatti, si desumerebbe l'intento di "convincere gli Stati della convenienza di evitare, traendo insegnamento dalle condanne comminate ad altri Stati, inadempimenti analoghi, ma anche di accettare l'idea della sussistenza in capo agli stessi di un dovere generale di adeguarsi alla giurisprudenza di Strasburgo, indipendentemente quindi dal fatto che essi siano stati o meno parte in causa". Tale adeguamento, inoltre, sarebbe imposto, a prescindere dalla circostanza che siano necessarie delle modifiche a prassi o norme di rango costituzionale.

o più violazioni della Convenzione, estende la portata dei suoi principi di diritto, ancorché enunciati in processi nei quali sia parte uno Stato diverso¹³³.

7. Il Protocollo n. 16 e la “nuova” funzione consultiva della Corte Edu.

In conclusione, merita di essere trattata, in tale sede, la nuova richiesta di parere consultivo introdotta dal Protocollo n. 16 CEDU¹³⁴, dato che tali pareri contribuiranno ad arricchire le decisioni e le sentenze rese dalla Corte.

Tradizionalmente, la Corte Edu, è stata concepita come un giudice internazionale con funzione tipicamente contenziosa. Come è noto, infatti, essa è competente a pronunciarsi sui ricorsi individuali e statali nei quali si faccia valere la violazione di un diritto garantito dalla Convenzione.

Esula, dunque, dalle competenze della Corte una funzione consultiva vera e propria. Gli articoli 47, 48 e 49 CEDU sono le uniche disposizioni che, in maniera alquanto sintetica, richiamano espressamente tale competenza, delineandone, tuttavia, in modo specifico condizioni e presupposti.

L’art. 47 CEDU, infatti, individua nel Comitato dei Ministri l’unico soggetto legittimato a richiedere alla Corte pareri consultivi. Inoltre, il secondo

¹³³ Si vedano Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 22 aprile 1993, *Modinos c. Cipro*, ric. n. 15070/89, par. 20 ove la Corte censura la violazione della Convenzione da parte dello Stato convenuto alla luce di precedenti giurisprudenziali enunciati nei confronti di altri Stati. In particolare la Corte critica la decisione resa dalla Suprema Corte di Cipro, poiché resa in contrasto con il suo precedente *Dudgeon v. United Kingdom*, del 22 ottobre 1981. Si veda, anche, sentenza del 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, ric. n. 5310/71, par. 154 ove la Corte osserva che “the Court’s judgments (...) serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19)”. Inoltre, è a partire da uno studio compiuto nel 2002 (General Report, *The Relations between the Constitutional Courts and other National Courts, including the interference in this area of action of the European Courts*, XIIth Conference of the European Constitutional Courts, Bruxelles, 14-16 maggio 2002, in *Human Rights Law Journal*, 2002, p. 304 e ss.) che si è osservato che la Corte di Strasburgo non si limiti più a fornire alle proprie sentenze un’efficacia meramente dichiarativa. Si veda, anche, la Dichiarazione di Interlaken del 2010 (Dichiarazione adottata dalla “Conferenza ministeriale sul futuro della Corte Europea dei diritti umani”) nella quale si sottolinea che, al fine di garantire l’applicazione della Convenzione, gli Stati devono impegnarsi a “taking into account the Court’s developing case-law, also with a view to considering the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State, where the same problem of principle exists within their own legal system”.

¹³⁴ Protocollo adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa a Strasburgo il 2 ottobre 2013 e per la cui entrata in vigore è sufficiente l’accettazione di sole dieci tra le Alte Parti contraenti la Convenzione.

paragrafo limita le questioni sulle quali tali pareri possono essere richiesti, escludendo che essi possono avere ad oggetto questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nel Titolo I della Convenzione e nei Protocolli.

In tempi più recenti, la consapevolezza dell'importanza del ruolo che compete alla Corte Edu di interprete ultima delle norme CEDU nonché dei singoli Protocolli ad essa allegati, è stata riconosciuta con la firma del Protocollo n. 16 CEDU¹³⁵.

L'entrata in vigore del c.d. protocollo del dialogo¹³⁶ consentirà agli organi giurisdizionali nazionali di ultima istanza di richiedere alla Corte pareri consultivi su questioni di principio concernenti l'interpretazione e l'applicazione dei diritti e delle libertà definite dalla Convenzione e dai suoi Protocolli¹³⁷.

Come vedremo, il Protocollo n. 16 introdurrà un istituto le cui caratteristiche rispecchiano la sussidiarietà che connota il sistema CEDU, sia per quanto concerne le modalità di attuazione, la natura del parere emanato dalla Corte che la compatibilità tra funzione consultiva (antecedente) e giurisdizionale (successiva) che diviene meramente eventuale.

La *ratio* di tale strumento, assimilabile in parte al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di giustizia, è in primo luogo quella di favorire la cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte Edu, attribuendo ai primi uno strumento che renda più agevole l'interpretazione della CEDU e un'attività di indirizzo al fine di prevenire future violazioni. In secondo luogo, quella di consolidare l'attuazione della CEDU conformemente al principio di sussidiarietà¹³⁸.

¹³⁵ La firma di tale Protocollo è giunta all'esito della proposta contenuta nel CM(2006)203, *Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres*, 15 novembre 2006 a cui ha fatto seguito un documento della stessa Corte Edu in cui si valorizzava l'importanza della richiesta del parere consultivo (Reflection Paper – On the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction (n. 3853038), 20 febbraio 2012). Si è giunti così alle due conferenze sul futuro della Corte Edu (quella di Interlaken del 2010 e quella di Izmir del 2011) per poi giungere alla Conferenza di Brighton del 2012 nella quale furono previste importanti novità in materia.

¹³⁶ Così come definito dal Presidente della Corte Edu Dean Spielman.

¹³⁷ Tale competenza, dunque, è indubbiamente più estesa rispetto a quella prevista dagli articoli 46 e ss. CEDU.

¹³⁸ Par.3, Preambolo al Protocollo n.16.

Uno degli effetti che può discendere dalla “leale cooperazione” tra giudici è quella di deflazione del contenzioso e di riduzione del carico di lavoro della Corte Edu¹³⁹. Ciò in quanto la richiesta di parere consultivo si inserisce in una fase che anticipa quella contenziosa (dinanzi alla Corte Edu) e che non necessariamente deve seguire la prima.

Per tale motivo si è osservato che il rimedio in parola minerebbe la natura sussidiaria del sistema CEDU, atteso che la Corte Edu, di fatto interverrebbe, ancorché in via stragiudiziale, in un momento antecedente al previo esaurimento dei ricorsi interni. Tuttavia, è bene constatare che la Corte Edu si limita ad emanare un parere non vincolante che il giudice nazionale potrà, quindi, decidere se seguire o meno nella controversia dinanzi ad esso pendente. Dall’altro, tale richiesta non esclude, nel rispetto del principio di sussidiarietà, il diritto dell’individuo interessato o dello Stato-aderente, di ricorrere alla Corte Edu ex art. 35 CEDU, quando nel giudizio nazionale sia stata data un’interpretazione errata delle disposizioni CEDU.

Il testo del Protocollo n.16 descrive le modalità procedurali di richiesta dei pareri consultivi alla Corte.

L’art. 1 individua nelle “più alte giurisdizioni di un’Alta parte contraente”, i soggetti legittimati a richiedere tale parere. Peraltro, la norma specifica che la richiesta può essere formulata per questioni interpretative relative all’interpretazione o all’applicazione delle libertà e dei diritti garantiti dalla CEDU solo nell’ambito di una causa pendente dinanzi al richiedente.

L’individuazione delle “alte giurisdizioni” competenti a richiedere i pareri consultivi alla Corte Edu è di spettanza di ciascuno Stato che decida di aderire al Protocollo. L’art. 10, invero, specifica che al momento della firma siano indicate le autorità abilitate a formulare tali pareri.

Il meccanismo del parere consultivo, inoltre, è meramente facoltativo. Nonostante i soggetti legittimati ad attivarlo siano identificabili con gli organi di ultima istanza, essi hanno la facoltà e non l’obbligo di sottoporre alla Corte

¹³⁹ La stessa Corte Edu nel *Reflection paper*, già cit. sub nota 135, paragrafi 12-16, aveva osservato che la richiesta di parere consultivo avrebbe portato ad una riduzione nel lungo periodo dei casi dinanzi ad essa pendenti in via contenziosa.

Edu una questione di natura interpretativa dirimente per la risoluzione di una controversia dinanzi ad essi pendente¹⁴⁰.

È bene precisare che il parere consultivo è strumento diretto non solo a coadiuvare l'attività interpretativa dei giudici nazionali bensì anche quella della stessa Corte Edu. Le Alte giurisdizioni, infatti, nella richiesta di parere devono presentare una dichiarazione del loro punto di vista sulla questione interpretativa. Ne consegue che tale richiesta amplia il ruolo dei giudici nazionali, anch'essi chiamati a dare la propria interpretazione delle disposizioni CEDU¹⁴¹. Non può non considerarsi, inoltre, che il ruolo rivestito dagli organi giurisdizionali, in tali casi, assume particolare rilievo con riferimento alla dottrina del margine di apprezzamento¹⁴². Infatti, quando le più alte giurisdizioni, nel chiedere un parere consultivo alla Corte Edu saranno chiamate a prospettare il loro punto di vista interpretativo, esprimeranno in che termini sarà esercitato il margine di apprezzamento a loro spettante. In buona sostanza, nel fornire un'interpretazione della norma convenzionale, la Corte Edu sarà in grado, in una fase antecedente a quella giurisdizionale, di valutare la legittimità di quell'interpretazione e se, quindi, essa giustifichi limiti e deroghe ai diritti convenzionali che si esplicano nell'esercizio del margine di apprezzamento statale.

Da un punto di vista oggettivo, l'art. 1, par. 1 del Protocollo n. 16, limita la richiesta di pareri consultivi alle "questioni di principio" relative all'interpretazione dei diritti definiti dalla Convenzione. Ne consegue, dunque, che in tale fase, la Corte Edu non potrà in nessun caso pronunciarsi sul merito della questione così da emanare una sorta di sentenza pregiudiziale.

¹⁴⁰ In ciò, dunque, la richiesta di parere consultivo alla Corte Edu si distingue dal rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia. In tale ultima ipotesi, come è noto, gli organi giurisdizionali dei singoli Stati membri hanno una facoltà di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia solo ove trattasi di giurisdizioni non di ultima istanza. In caso contrario, invece, sussiste un vero e proprio obbligo, salvo le eccezioni evidenziate dalla Corte di giustizia nella sentenza del 6 ottobre 1982, Srl Cilfilit e Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della sanità, C- 283/81. Per quanto concerne le "alte giurisdizioni" nell'ordinamento italiano deputate ad attivare il meccanismo del parere consultivo, è possibile annoverare sicuramente la Corte costituzionale, la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato.

¹⁴¹ In particolare, l'autorità richiedente deve specificare: a) l'oggetto del procedimento interno con un'esposizione dei fatti oggetto della causa; b) le norme interne che vengono in rilievo; c) i diritti della CEDU che vengono in questione; d) una sintesi delle sue considerazioni in merito alla questione che intende deferire alla Corte.

¹⁴² Per la cui analisi si veda *infra* cap. 2.

Per questioni di principio devono intendersi le questioni più gravi relative all'interpretazione e applicazione della CEDU rispetto alle quali la Corte non si sia mai pronunciata. Tale interpretazione risulta obbligata al fine di rendere compatibile la competenza della Corte a emanare pareri consultivi con l'art. 43 CEDU che prevede il rinvio alla Grande Camera al fine di risolvere problemi relativi all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli.

Tuttavia, è stato precisato che tra le "questioni di principio" possano rientrarvi anche le questioni relative a possibili violazioni strutturali o sistemiche degli ordinamenti nazionali. In poche parole, oggetto del parere consultivo potrebbe essere anche la compatibilità di leggi, norme interne o prassi con disposizioni della CEDU. Con il limite che deve trattarsi di questioni rilevanti per la risoluzione della causa pendente dinanzi al giudice remittente. Il possibile esame di tale questione è stato ritenuto perfettamente compatibile con il riparto di competenze tra Corte Edu e organi giurisdizionali nazionali. In primo luogo, infatti, la richiesta di parere consultivo è facoltativa e non obbligatoria. Inoltre, i pareri emessi all'esito della richiesta non sono in alcun caso vincolanti. Peraltro, non può escludersi una competenza della Corte Edu ad esaminare la compatibilità con la CEDU degli errori di fatto o di diritto commessi dai giudici interni¹⁴³.

L'art. 2, Protocollo n. 16, prevede, che un collegio di cinque giudici della Grande Camera compia una funzione di filtro rispetto alle richieste di pareri consultivi, atteso che decide se accogliere o meno la richiesta. Tuttavia, la Corte medesima ha la facoltà di rifiutare la richiesta se il suo oggetto coincida con quello del ricorso individuale pendente dinanzi alla Corte.

Se, invece, la richiesta viene accolta, la Grande Camera emetterà il relativo parere. La *ratio* della competenza della Grande Camera a pronunciarsi sui pareri consultivi si giustifica nell'esigenza di garantire un'uniformità di interpretazione della Convenzione. Tanto è vero che eventuali pareri che enuncino un'interpretazione difforme rispetto alla precedente, devono essere adeguatamente motivati e allegare l'eventuale opinione dissenziente.

L'art. 5, infine, specifica che il parere consultivo non è vincolante. Ne consegue che tale parere ha un'efficacia meramente persuasiva, ancorché la

¹⁴³ U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2013, p. 376.

Corte medesima abbia affermato che essi, una volta emanati, avranno “*undeniable legal effects*”¹⁴⁴ La non vincolatività esclude, chiaramente, la previsione di una sanzione in caso di mancata osservanza del parere.

Tuttavia è proprio il carattere non vincolante del parere che reca con sé il rischio di rendere poco utile l’istituto in parola, o quantomeno di frustarne la *ratio* giustificatrice.

Problematiche che ovviamente non si pongono nel caso in cui l’alta giurisdizione che ha richiesto il parere vi si uniformi. In tale caso, il risultato potrà essere quello di un sistema di protezione dei diritti uniforme e quanto più consolidato. Peraltro, nel caso in cui l’autorità giurisdizionale si uniformi al parere, la Corte molto probabilmente dichiarerà inammissibile il ricorso successivamente presentato da colui che dichiara di essere vittima di una violazione della Convenzione¹⁴⁵. Ne consegue, dunque, che il parere consultivo, ove seguito dall’autorità richiedente, potrebbe finire per tradursi in una condizione di ricevibilità del ricorso.

Peraltro, come precisato dalla Corte, tali pareri contribuiranno a formare la giurisprudenza della Corte e i loro effetti saranno analoghi a quelli delle decisioni rese dalla Corte¹⁴⁶. La stessa Corte ha osservato che tramite i pareri consultivi si garantisce “*an opportunity to develop the underlying principles of law in a manner that will speak to the legal systems of all the Contracting Parties*”¹⁴⁷. Pertanto, per la loro importanza, possono essere paragonati alle sentenze principali della Corte, così da “*foster a harmonious interpretation of the minimum standards set by the Convention rights and thus an effective protection of human rights throughout the Contracting States*”¹⁴⁸.

Se poi ad uniformarsi al parere consultivo siano le autorità giurisdizionali di uno Stato diverso da quello a cui appartiene l’autorità che abbia richiesto il parere, quest’ultimo acquisisce una portata vincolante *erga omnes* che è assimilabile a quelle delle decisioni emanate dalla Corte Edu.

In conclusione, è bene segnalare uno dei principali aspetti problematici che tale procedura porrà una volta entrata in funzione. Si tratta dei rapporti tra la

¹⁴⁴ *Reflection paper*, già cit. sub-nota 135, par. 44.

¹⁴⁵ Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16, par. 26.

¹⁴⁶ *Ibidem*, par. 27.

¹⁴⁷ *Reflection Paper*, già cit. sub-nota 135.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

competenza consultiva assegnata alla Corte Edu e la competenza pregiudiziale di tipo interpretativo della Corte di giustizia.

La questione è divenuta quanto più attuale a seguito delle affermazioni rese dalla Corte di giustizia nel parere negativo di adesione dell'Ue alla CEDU¹⁴⁹. Secondo la Corte di giustizia, la richiesta di parere consultivo aggirerebbe il ricorso necessario alla Corte di giustizia in tutti quei casi di cui all'art. 52, par. 3 CDFUE. La norma in parola, come è noto, stabilisce che il significato e la portata dei diritti sono uguali a quelli conferiti dalla CEDU, nel caso in cui la CDFUE contenga diritti analoghi a quelli presenti nella CEDU. In tali ipotesi, dunque, il giudice nazionale, sarebbe legittimato a richiedere un parere consultivo alla Corte Edu, così aggirando il ruolo interpretativo di spettanza della Corte di giustizia. Conseguenza ancora più dirompente sarebbe quella secondo cui si finirebbe per attribuire il ruolo di interprete del diritto dell'Unione, ancorché in via mediata, alla Corte Edu. Un giudice internazionale che è esterno all'ordinamento dell'Unione europea.

Un'ulteriore questione problematica che interessa più da vicino il presente lavoro, concerne i termini dei rapporti tra Corte Edu e le più Alte giurisdizioni legittimate a richiedere il parere consultivo.

È pur vero che l'istituto in parola potrebbe avere l'effetto di dirimere eventuali contrasti interpretativi in merito alle disposizioni CEDU, così da sopire i contrasti tra Corti. Tuttavia, sarà bene chiedersi in che termini verrà interpretata e utilizzata la richiesta di parere consultivo, soprattutto con riferimento a quelle "alte giurisdizioni" che in tempi recenti, hanno tentato di restringere la portata vincolante della CEDU e della relativa giurisprudenza. Tale strumento, invero, più che strumento di cooperazione tra giudici potrebbe essere letto come un'ulteriore invasione di campo da parte della Corte Edu, che addirittura interverrebbe in una fase precedente rispetto a quella tipicamente contenziosa.

¹⁴⁹ Parere n. 2/2013, del 18 dicembre 2014, reso dalla Corte di giustizia circa il progetto di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, par. 199.

CAPITOLO 2

MARGINE DI APPREZZAMENTO, CONSENSO EUROPEO E BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI.

SOMMARIO: 1. La dottrina del margine di apprezzamento: *ratio* giustificatrice e ambito di applicazione. – 2. Principio di sussidiarietà e margine di apprezzamento. – 3. Le condizioni di operatività del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Edu. – 3.1 *Segue*: Le prime applicazioni. – 3.2. *Segue*: L'applicazione agli articoli 8-11 CEDU. – 3.3. *Segue*: L'applicazione nel Protocollo n.1 della Convenzione e nell'art. 6 CEDU.

1. La dottrina del margine di apprezzamento: *ratio* giustificatrice e ambito di applicazione.

La dottrina¹⁵⁰ del margine di apprezzamento si basa sulla considerazione secondo cui ogni Stato è titolare del potere di risolvere eventuali conflitti tra diritti individuali e interessi generali della società o tra una pluralità di concezioni morali¹⁵¹. Ciò affinché ciascuno Stato preservi i propri valori e soddisfi le proprie esigenze particolari.

Tuttavia, tale dottrina è strettamente connessa all'obbligo di tutela dei diritti e delle libertà garantite dalla CEDU a cui gli Stati aderenti alla Convenzione devono dare attuazione. Essa, infatti, si inserisce nell'ambito di un "riparto di competenze" tra Corte Edu e Stati, mediante la quale si riconosce a quest'ultimi un'interferenza nel diritto convenzionale, limitando così la competenza della

¹⁵⁰ In senso dubitativo S. GREER, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on human rights*, Council of Europe, 2000, (online), p.32. L'A. osserva che "it is questionable if it is really a "doctrine" at all since it could be said to lack the minimum theoretical specificity and coherence which a viable legal doctrine requires". Nel presente lavoro si terrà conto dell'orientamento maggioritario che comunemente si riferisce alla "dottrina" del margine di apprezzamento.

¹⁵¹ E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *International Law and Politics*, 1999, n.31:843, pp. 843-854. Si veda inoltre D. SPIELMANN, *Whither the margin of appreciation?*, in *Oxford Journals, Current Legal Problems*, vol. 67/2014, p. 64, il quale osserva che "The margin of appreciation is neither a gift nor a concession, therefore, but instead an incentive to national courts to conduct the requisite Convention review, to balance competing rights, to weigh up rights against other aspects of the public interest, to scrutinize the proportionality of interferences with human rights".

Corte ed evitando conflitti tra essa e i singoli Stati¹⁵². In buona sostanza, attraverso il margine di apprezzamento viene individuato l'esatto confine tra "la limitazione della sovranità, derivante dal recepimento della Convenzione, e la libera organizzazione degli interessi interni di uno Stato membro sulla base delle decisioni democraticamente assunte dai Parlamenti nazionali"¹⁵³. In ogni caso è bene precisare che il ruolo dello Stato di riconoscere e assicurare i diritti della CEDU si traduce in un vero e proprio obbligo che "non implica autonomia nella definizione dell'ambito dei diritti e delle possibili loro limitazioni"¹⁵⁴.

La *ratio* sottesa al margine di apprezzamento è discussa in dottrina. Secondo un primo orientamento il margine di apprezzamento è, non solo, strumento di equilibrio fra interesse generale e diritti individuali, ma "*an essential constitutional device designed to preserve the fundamental prerequisite and virtue of a liberal democratic society: value pluralism*"¹⁵⁵. La *ratio*, dunque, si individua nell'esigenza di rispettare "le diversità giuridiche, sociali e culturali dei paesi membri, attraverso un consentito margine di flessibilità nell'applicazione delle norme della Convenzione sulla base delle decisioni dei Parlamenti nazionali"¹⁵⁶. Deve escludersi, quindi, che la *ratio* si debba individuare nella necessità di garantire uniformità di tutela dei diritti nello spazio europeo, atteso che la stessa Corte

¹⁵² R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, pp. 95 ss. secondo cui il margine di apprezzamento garantisce la flessibilità necessaria per evitare potenziali conflitti tra la Corte e gli Stati contraenti nel rispetto del riparto di competenze. Inoltre, consente alla Corte di bilanciare la sovranità delle Parti contraenti con gli obblighi previsti dalla Convenzione.

¹⁵³ M.R. MORELLI, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2013, (online). Mediante tale tecnica, dunque, si evitano possibili conflitti tra Stati e Corte Edu in tutte quelle materie nelle quali i singoli Stati non accettano una limitazione della sovranità, in quanto coinvolgenti interessi generali dello Stato.

¹⁵⁴ V. ZAGREBELSKY, *Parillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2015, p. 613. Nell'esercizio di tale margine di discrezionalità, dunque, la definizione dell'ambito dei diritti e delle possibili loro limitazioni è di competenza della Corte ai sensi dell'art. 32 CEDU.

¹⁵⁵ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York, 2002. Secondo l'A., dunque, il margine di apprezzamento può essere definito come il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri per dare attuazione alle norme della Convenzione tenendo conto delle condizioni e circostanze particolari dell'ordinamento nazionale.

¹⁵⁶ M.R. MORELLI, già cit. sub- nota 153.

Edu ha escluso che il sistema convenzionale implichi l'imposizione di un'uniformità assoluta nell'applicazione della CEDU¹⁵⁷. Nell'ambito di tale orientamento, inoltre, non manca chi sottolinea che la *ratio* sottesa al margine di apprezzamento si individui nella necessità di porre rimedio a tutte quelle disposizioni che contengano "espressioni indeterminate" e che necessitano, dunque, di una "scelta *lato sensu* politica al momento della loro applicazione"¹⁵⁸.

Al contrario, un diverso orientamento individua la *ratio* del margine di apprezzamento nell'esigenza di dover bilanciare la sovranità statale con la competenza della Corte Edu. Tale orientamento, inoltre, critica, il ricorso al margine di apprezzamento in quanto per nulla compatibile con i diritti umani che necessitano di una tutela universale¹⁵⁹. Infatti, riconoscendo uno spazio d'intervento ai singoli Stati, nella tutela dei diritti, si contraddirebbe l'essenza stessa dei diritti umani a discapito dell'individuo. Non può non considerarsi, poi, che il ricorso al margine di apprezzamento, così come le condizioni della sua operatività, non trovano alcun fondamento normativo nel testo della CEDU, così che dovrebbe escludersi una legittimazione della Corte all'utilizzo del margine di apprezzamento¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. n. 6538/74, par. 61.

¹⁵⁸ R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 608. Secondo l'A. l'indeterminatezza di tali espressioni è destinata ad essere precisata da "regole o valori sociali esterni alla Convenzione" e che fanno parte dei singoli ordinamenti.

¹⁵⁹ E. BENVENISTI, già cit. sub-nota 151, p. 844, secondo cui "(...) the liberal use of the doctrine, may compromise the global efforts of the other human rights bodies and of national judges to set universal standards". In senso analogo R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, già cit. sub-nota 152.

¹⁶⁰ Si veda, A. LESTER, *The European Convention on Human Rights in the New Architecture of Europe: General Report*, in *Proceedings of the 8th international colloquy on the European Convention on Human Rights*, 1995, pp. 223 e ss. Secondo l'A. non solo mancano criteri certi e prevedibili che giustificano il ricorso a tale dottrina ma la Corte ricorrerebbe al margine di apprezzamento "as a substitute for coherent legal analysis of the issues at stake". Il pericolo, dunque, è quello per cui si giungerebbe a "variable geometry of human rights", così "eroding the *acquis* of existing jurisprudence and giving undue deference to local conditions, traditions, and practices". In senso analogo, C. S. FEINGOLD, *The doctrine of margin of appreciation and the European Convention on Human rights*, in *Notre Dame Lawyer*, vol. 53/1977, pp. 90 e ss, secondo cui il ricorso eccessivo al margine di apprezzamento statale, rischia di vanificare l'applicazione della Convenzione. Il margine di apprezzamento, infatti, avrebbe attribuito agli Stati aderenti alla CEDU un'"illimitata discrezionalità" nel porre limiti e condizioni alla tutela di innumerevoli diritti. Con la conseguenza che "the doctrine has been used to circumvent the express requirements of the Convention".

Si discute, inoltre, in merito alla portata più o meno ampia del margine di apprezzamento. In poche parole, se esso possa essere invocato dai singoli Stati in relazione all'intero testo della CEDU o se, al contrario, sia limitato a talune disposizioni che consentono, in concreto, di poter derogare ai diritti ivi enunciati. Sul punto non vi è un orientamento unanime in dottrina. A un orientamento che tende ad ampliare la possibilità di ricorso al margine di apprezzamento, atteso che la Corte medesima non ha imposto limiti né essi possono desumersi dagli articoli della Convenzione¹⁶¹, se ne contrappone un altro che ne limita l'operatività. Tuttavia, è bene precisare che l'orientamento in parola si limita a constatare che il margine di apprezzamento in taluni casi non sia mai stato invocato. Si pensi al diritto alla vita di cui all'art. 2 CEDU, all'art. 3 che pone il divieto di torture e trattamenti inumani o degradanti, all'art. 4 o al principio di riserva di legge di cui all'art. 7 CEDU. Sarebbe più corretto affermare, dunque, che l'ambito di operatività del margine di apprezzamento dipenda dalla natura del diritto oggetto di bilanciamento e dalla posizione da esso rivestita in una gerarchia dei diritti, anziché delimitarne *a priori* l'ambito di applicazione. È chiaro, infatti, che ove trattasi di diritti assoluti, minore (se non del tutto esclusa) sarà la discrezionalità concessa agli Stati nel bilanciamento con altri diritti concorrenti¹⁶². Le stesse norme della CEDU confermano quanto detto, posto che nell'enunciare il diritto garantito specificano espressamente quali sono le condizioni in presenza delle quali tale diritto possa subire limitazioni. Trattasi, dunque, di diritti relativi che possono subire delle restrizioni al fine di preservare interessi che sono destinati a prevalere nell'ambito di un bilanciamento tra valori contrapposti.

Senza alcuna pretesa di esaustività, si cercherà, nel presente lavoro, di ricostruire, nei suoi tratti essenziali, la dottrina del margine di apprezzamento a partire dalle sue prime applicazioni giurisprudenziali.

2. Il principio di sussidiarietà e margine di apprezzamento.

¹⁶¹ R.ST.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation*, in R.ST.J. MACDONALD, F. MATSCHER AND H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 83-124.

¹⁶² S. GREER, già cit. sub-nota 150, p.26 "(...) the absolute rights permit no discretion since, by definition, they cannot be absolute if their application varies". In senso analogo A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali 'assoluti' nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, pp. 644 e ss.

Come è noto il ricorso al margine di apprezzamento trova diretta esplicazione nel *principio di prossimità* di cui è corollario il *principio di sussidiarietà*.

Il primo di essi implica che, in materie di competenza concorrente, siano gli Stati ad intervenire in quanto in una *better position* rispetto all'obiettivo da perseguire mediante quell'intervento. È necessario, dunque, che coloro che siano direttamente a contatto con i bisogni della collettività siano anche coloro deputati a intervenire.

Corollario di tale principio si rinviene nel principio di sussidiarietà che, a livello di sistema CEDU¹⁶³, indica la necessità dell'intervento statale fino a quando esigenze di effettività della tutela non impongano il ricorso in "sussidiarietà" della Corte Edu.

Il principio di sussidiarietà, su cui è improntato il sistema CEDU, si desume da una serie di disposizioni presenti nella Convenzione. L'art. 1 CEDU espressamente statuisce che i diritti e le libertà enunciati nella Convenzione sono garantiti dalle "Alte parti contraenti". L'art. 13 CEDU dispone che "ciascun individuo ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale". Il che implica, dunque, che ove tale rimedio non presenti i caratteri dell'effettività, in quanto non idoneo ad apprestare adeguate forme di tutela, è legittimo il ricorso diretto alla Corte Edu. Al contempo, l'art. 35 CEDU richiede, quale *condizione di ricevibilità del ricorso*, il previo esaurimento dei rimedi interni, decorsi sei mesi dalla data della decisione interna definitiva. Si veda altresì l'art. 53 CEDU che consente l'applicazione del diritto nazionale ove questo garantisca un livello maggiore di tutela rispetto a quello garantito dalla CEDU. La *ratio* della norma in parola, invero, è quella di non limitare o pregiudicare i diritti riconosciuti agli Stati parte nell'adesione alla Convenzione. La Convenzione, infatti, appronta uno standard minimo di protezione dei diritti, atteso che gli Stati hanno la possibilità di garantirne un livello di protezione più elevato. Ciò non toglie, ovviamente, che essi abbiano

¹⁶³ Diverso è il principio di sussidiarietà ex art. 5 TUE che mira a stabilire il livello d'intervento più pertinente nei settori di competenza condivisa tra l'UE e i paesi dell'UE. In ogni caso, l'UE può intervenire solo se è in grado di agire in modo più efficace rispetto ai paesi dell'UE e ai loro rispettivi livelli nazionali o locali.

l'obbligo ulteriore di non diminuire gli standard di tutela all'interno dei propri sistemi giuridici.

Da tali disposizioni, si desume, dunque, che l'intervento della Corte è previsto solo quando sia sorta una controversia e dopo che siano state esaurite le vie di ricorso interne¹⁶⁴.

L'importanza di tale principio si desume, inoltre, dalla stessa "Interlaken Declaration" del 19 febbraio 2010, ove in primo luogo, è stata ribadita la natura sussidiaria del meccanismo di controllo istituito dalla Convenzione tale per cui spetta alle autorità nazionali garantire idonea tutela ai diritti fondamentali. In secondo luogo, in sede della Conferenza è stato richiesto "*a strengthening of the principle of subsidiarity*" (n. 2), che implica "*a shared responsibility between the States Parties and the Court*".

Anche nella Dichiarazione di Brighton del 19 e 20 aprile 2012 è stato osservato che "*the jurisprudence of the Court makes clear that the States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged. This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system. In this respect, the role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, having due regard to the State's margin of appreciation*".

Ad ogni modo, è bene precisare che dal principio di sussidiarietà, così inteso, discendono obblighi giuridici sia in capo agli Stati aderenti che in capo alla Corte Edu. Da un lato, il principio in parola impone a quest'ultima non solo di non invadere il terreno riservato all'intervento statale bensì anche di "assistere in modo effettivo le autorità nazionali nell'apprestare le necessarie garanzie dei diritti internazionalmente protetti sul piano nazionale"¹⁶⁵. Dall'altro, gli Stati,

¹⁶⁴ V. ZAGREBELSKY, *Parillo c. Italia*, già cit. sub-nota 154.

¹⁶⁵ M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 372. Ciò in quanto come osservato dalla stessa Corte Edu, sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside c. United Kingdom*, ric. n. 5493/72, par. 48, "(...) the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights".

nel dare esecuzione ai vincoli internazionali assunti, sono obbligati a farlo con tutti gli strumenti necessari e nella loro piena disponibilità.

Per effetto del principio di sussidiarietà, dunque, il sistema CEDU si affianca senza sostituirsi agli ordinamenti nazionali¹⁶⁶.

Se, dunque, il principio in parola impone un intervento dello Stato nazionale a monte, mediante i limiti imposti al margine di apprezzamento la Corte interviene a valle, in tutti quei casi in cui gli Stati li abbiano oltrepassati. Il che implica la necessità che la Corte compia un equo bilanciamento tra contrapposti interessi: l'interesse degli Stati di preservare il proprio ampio potere discrezionale e l'interesse del ricorrente di beneficiare di un maggiore livello di protezione. Tali interessi sono contrapposti, atteso che spesso il maggior margine di apprezzamento concesso agli Stati indica un livello di protezione inferiore per i cittadini¹⁶⁷.

Tramite il margine di apprezzamento, dunque, la Corte Edu, individua delle aree all'interno delle quali essa non interviene, in quanto implicanti delle scelte insindacabili degli Stati¹⁶⁸. Trattasi, dunque, in una sorta di "autolimitazione" al fine di lasciare agli Stati la competenza ad effettuare il bilanciamento tra interessi in gioco, in virtù della posizione migliore nella quale questi si trovano¹⁶⁹. Ne consegue che non sempre ove vi sia una misura nazionale che contrasta con una disposizione della CEDU, la Corte condanna lo Stato, atteso che è lo stesso sistema CEDU che consente alle autorità nazionali di far uso di un certo margine di apprezzamento¹⁷⁰.

¹⁶⁶ *Ibidem.*

¹⁶⁷ AA.VV., *The margin of appreciation*, in www.coe.int, (online).

¹⁶⁸ Si veda sentenza del 23 luglio 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgio*, ricorsi n. 1474/62, 1677/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, par. 4, ove la Corte ha osservato che non rientra nella sua competenza sostituirsi alle autorità nazionali, così come non potrebbe ignorare le circostanze di fatto e di diritto che caratterizzano la vita sociale nello Stato convenuto, pena la violazione del principio di sussidiarietà.

¹⁶⁹ L. FAVOREU, *Corti costituzionali e corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2004, p. 9. Secondo l'A., il margine di apprezzamento si giustifica in quanto "la Corte può tener conto della storia specifica dei paesi dell'Europa centrale ed orientale".

¹⁷⁰ Si veda M. P. COLAGERO, *Vita e morte dell'occupazione acquisitiva. Riflessioni intorno ad un istituto controverso, ad una sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, ad una sentenza della Corte costituzionale e ad un orientamento della Corte Edu*, in *Oidu*, 2016, p. 525, secondo cui la dottrina del margine di apprezzamento "vale a segnare, una sorta di "confine" tra misure ammesse (perché interne al «margine di apprezzamento») e misure non ammesse (perché eccedenti tale margine e quindi costituenti violazioni della Convenzione) necessariamente "mobile". Al contempo, il riconoscimento da

In ogni caso, il riconoscimento di un margine di apprezzamento statale è controbilanciato dalla rivendicazione da parte della Corte di un controllo sull'operato statale ai sensi dell'art. 19 CEDU. Tale controllo si esplica in tutti quei casi in cui il margine di apprezzamento riservato allo Stato è stato in concreto superato ed è incompatibile con la Convenzione¹⁷¹. Invero, l'esistenza di un margine di apprezzamento può giustificare la misura adottata sul piano nazionale ed escludere, al contempo, una violazione convenzionale solo ove le condizioni richieste per l'esercizio di tale discrezionalità non siano superate.

3. Le condizioni di operatività del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Edu.

La dottrina del margine di apprezzamento non trova un fondamento normativo nel testo della CEDU. Al contrario i principali riferimenti si individuano nella giurisprudenza della Corte Edu¹⁷² che ha individuato e specificato le condizioni in presenza delle quali è legittimo il ricorso al margine di apprezzamento da parte delle autorità nazionali¹⁷³.

In via preliminare, è bene ricordare che la discrezionalità concessa agli Stati è più o meno ampia in considerazione di diversi fattori. Tra essi, rilevano le circostanze del caso concreto e il contesto nel quale si inserisce la causa; la

parte della Corte Edu dell'esistenza di un margine di apprezzamento statale esprimerebbe un atteggiamento di *self-restraint* della Corte medesima che decide di non intervenire.

¹⁷¹ F.VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, (online), 2014, osserva, dunque, che "una volta che sia stata accertata una violazione, lo Stato soccombente non ha più alcun margine di apprezzamento da far valere agli occhi della Corte, se non forse sulle concrete modalità con le quali eseguire la sentenza medesima".

¹⁷² Il Protocollo n. XV alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, firmato a Strasburgo il 24 giugno 2013, introdurrà un nuovo considerando alla fine del preambolo della CEDU, nel quale è contenuto un esplicito riferimento alla dottrina del margine di apprezzamento e al principio di sussidiarietà. L'art. 1, infatti, statuisce che nel rispetto del principio di sussidiarietà spetta alle Alte Parti contraenti garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti dalla CEDU. Nell'esercizio di tale competenza, gli Stati godono di un margine di apprezzamento sotto il controllo della Corte Edu. Tale Protocollo entrerà in vigore, una volta firmato e ratificato da tutti gli Stati aderenti al Consiglio d'Europa.

¹⁷³ Tuttavia si veda R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, già cit. sub-nota 152, secondo cui la dottrina del margine di apprezzamento sarebbe connotata da indeterminatezza, poiché né la Corte né la Commissione avrebbero provveduto a definirla puntualmente.

materia oggetto di trattazione e la natura del diritto in questione ovvero la posizione da esso rivestita nella gerarchia dei diritti garantiti dalla CEDU. È chiaro che ove trattasi di diritti assoluti, minore è la discrezionalità concessa agli Stati nel bilanciamento con altri diritti concorrenti, posto che essi potranno soccombere solo dinanzi a quei valori posti su un piano gerarchico più alto.

Il fattore a cui la Corte attribuisce preminente rilievo consiste nel maggiore o minore consenso europeo sulla materia oggetto della controversia e sui valori che essa coinvolge¹⁷⁴. È necessario valutare, dunque, se vi sia uno standard comune di tutela dei diritti che vengono in gioco, nella legislazione e nella prassi degli Stati-Parte. La presenza o l'assenza di un consenso tra Stati è inversamente proporzionale al margine di discrezionalità concesso agli Stati. Maggiore è il consenso europeo, minore sarà il margine di discrezionalità concesso agli Stati¹⁷⁵. In tal senso, dunque, il consenso europeo riveste un ruolo chiave nel determinare, in concreto, l'ambito di applicazione del margine di apprezzamento statale.

3.1 *Segue*: Le prime applicazioni.

¹⁷⁴ Si veda T. A. O'DONNELL, *The margin of appreciation doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 4/1982, pp. 474/496 secondo cui il criterio del consenso europeo "provides a basis for evaluating rights to be incorporated into the general provisions of the Convention", nonché uno strumento obiettivo per l'interpretazione di tali disposizioni. In senso critico E. BENVENISTI, già cit. sub-nota 151, secondo cui il ricorso al consenso europeo quale criterio per verificare la maggiore o minore discrezionalità concessa agli Stati rappresenta un ulteriore ostacolo alla protezione internazionale delle minoranze. Ciò in quanto "minority values, hardly reflected in national policies, are the main losers in this approach". In senso analogo R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, già cit. sub-nota 152, secondo cui mediante tale approccio "the Court forfeits its aspirational role by tying itself to a crude, positivist conception of 'standards'. . . and prevents the emergence of a coherent vision of the Court's function". Inoltre, non necessariamente, l'uniformità di prassi e orientamenti nei diversi ordinamenti, conduce a risultati univoci.

¹⁷⁵ Si veda M. LUGATO, già cit. sub-nota 165, p. 367. Il riferimento al "consenso europeo", si inserirebbe all'interno del processo interpretativo della Convenzione e dei suoi Protocolli. Per tale motivo, deve essere valutato secondo le regole sull'interpretazione dei Trattati. Secondo l'A., dunque, l'importanza che la Corte attribuisce al consenso europeo è pienamente conforme "agli obblighi giuridici relativi all'interpretazione dei trattati che discendono dal diritto internazionale e che la Corte è tenuta ad osservare". Infatti, l'art. 31, par. 3, lett. b) della Convenzione di Vienna del 1969 annovera tra le regole di interpretazione dei trattati "qualsiasi prassi successivamente seguita nell'applicazione dei trattati e attraverso cui si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo". Il consenso europeo, dunque, non sarebbe altro che espressione di tale prassi che le Parti contraenti potrebbero aver seguito nell'applicazione di un trattato.

Tradizionalmente, il ricorso al margine di apprezzamento era possibile con riferimento alle questioni concernenti la sicurezza nazionale.

In una prima fase, dunque, la Corte Edu, ha sostanzialmente individuato il margine di apprezzamento nell'art. 15 CEDU che prevede la c.d. "clausola di deroga" ove sia necessario prevenire od ovviare a pericoli o minacce per la vita della Nazione.

La norma in parola, infatti, esclude la responsabilità degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa per violazione dei diritti umani "in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione"¹⁷⁶. Ciò in quanto, gli Stati sarebbero i soggetti in grado di valutare la reale portata di tale situazione di pericolo (poiché in una *better position*) che giustifica la possibilità di sottrarsi al rispetto delle garanzie imposte dalla CEDU.

È interessante notare che l'art. 15 CEDU nel consentire una deroga alle garanzie della CEDU descrive puntualmente le condizioni e i presupposti che la giustificano. Inoltre, come vedremo, la previsione di una deroga a tali garanzie è compensata e temperata da una serie di cautele.

Per quanto concerne le condizioni di operatività, la norma in parola prescrive che una deroga alle garanzie convenzionali è ammessa solo "nella stretta misura in cui la situazione lo richieda" (art. 15, par. 1). Ne consegue la necessità di compiere un bilanciamento tra i diritti fondamentali che, in situazioni di pericolo verrebbero sacrificati e l'esistenza di una minaccia effettiva alla vita della Nazione. Viene in rilievo, dunque, il principio di proporzionalità quale strumento al fine di verificare se il sacrificio imposto ai diritti fondamentali sia proporzionato alla finalità di preservare la vita della Nazione da un pericolo serio ed attuale¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo (Commissione), sentenza del 7 maggio 1956, Greece v. United Kingdom, ric. n. 176/56; sentenza del 1 luglio 1961, Lawless c. Irlanda, ric. n. 332/57, par. 22. La Corte ha osservato che "(...) the Government of any High Contracting Party has the right, in case of war or public emergency threatening the life of the nation, to take measures derogating from its obligations under the Convention other than those named in Article 15, paragraph 2 (art. 15-2)". Nonché di adottare "such measures are strictly limited to what is required by the exigencies of the situation". In alcune circostanze, dunque, l'interesse pubblico al mantenimento dell'ordine giustifica e in taluni casi, richiede, un intervento dello Stato che rientra nel suo margine di apprezzamento.

¹⁷⁷ D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni*

Ulteriore limite che rappresenta, al contempo, una cautela nell'utilizzo del margine di apprezzamento, si individua nel divieto di adottare misure che siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. La norma in parola, poi, enuncia taluni diritti per i quali non è in alcun caso autorizzata una deroga¹⁷⁸ (par. 2).

Infine, la possibilità di ricorrere alla “clausola di deroga” prevista dall'art. 15 è subordinata a una sorta di controllo preventivo (rispetto a quello successivo della Corte) sulle misure adottate dallo Stato. Invero, ogni Stato deve necessariamente “tenere informato il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate” (par. 3).

In tempi più recenti, la Corte ha esteso la portata del principio in parola ad altre disposizioni che, non sempre, prevedono la possibilità di derogare ai diritti ivi sanciti o quando la prevedono impongono delle condizioni particolarmente restrittive¹⁷⁹.

Uno dei primi casi, nei quali la Corte Edu ha esteso il margine di apprezzamento al di fuori dei casi di cui all'art. 15 CEDU, è stato quello relativo al Regime linguistico dell'insegnamento in Belgio¹⁸⁰.

Nella sentenza in parola, prima la Commissione e poi la Corte Edu, prendono le distanze dall'origine della dottrina del margine di apprezzamento (ovvero l'art. 15 CEDU) per estenderla all'art. 14 CEDU che vieta discriminazioni nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione.

generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n.3-4/1999, pp. 743-771.

¹⁷⁸ La deroga al rispetto delle garanzie convenzionali in situazioni di “guerra o di altro pericolo che minacci la vita della nazione” non è in alcun caso ammessa ove vengano in rilievo diritti inderogabili, per i quali, dunque, la Convenzione non ammette alcuna deroga. Tra essi il diritto alla vita (art. 2), il principio di legalità (art. 7), il divieto di tortura (art. 3) o il divieto di riduzione in schiavitù (art. 4, par.1).

¹⁷⁹ Si veda l'art. 8 CEDU che tutela la vita privata e familiare, l'art. 9 CEDU che riguarda la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, l'art. 10 CEDU la libertà di espressione, l'art. 11 CEDU la libertà di riunione e di associazione, l'art. 14 il principio di non discriminazione ed infine l'art. 1 Protocollo n.1 che tutela il diritto di proprietà. Tali disposizioni prevedono diritti che non sono qualificabili come assoluti e per i quali sono previste deroghe e limitazioni alle condizioni espressamente previste. In taluni casi tali limitazioni sono ammesse in “accordance with the law” (art. 8, par. 2) o “prescribed by law” (par. 2 articoli 9, 10 e 11) o in quanto “necessary in a democratic society”.

¹⁸⁰ Sentenza già cit. sub-nota 168.

La Commissione ha osservato che all'interno della Convenzione è necessario distinguere tra disposizioni che impongono degli obblighi precisi e puntuali in capo agli Stati, tale da escluderne o ridurne notevolmente il margine di apprezzamento e disposizioni il cui contenuto non è così preciso nel definire l'adempimento del loro obbligo¹⁸¹. È con riferimento a queste ultime che rileva il margine di apprezzamento statale, atteso che tali disposizioni contengono espressioni a cui non è possibile attribuire un significato univoco e che necessitano, dunque, di un'attività interpretativa. Ne consegue, dunque, che al fine di constatare l'esistenza di una violazione convenzionale è necessario tener conto della circostanza che la disposizione, che si presume violata, riconosca un ampio margine di apprezzamento agli Stati. Al contrario, in presenza di disposizioni che impongono degli obblighi precisi e puntuali, è sufficiente accertare la divergenza tra il comportamento prescritto dalla disposizione e quello tenuto dallo Stato, al fine di apprezzare una violazione della CEDU.

La Corte Edu, invece, pur non richiamando espressamente il margine di apprezzamento, al pari di quanto fatto dalla Commissione, considera fondamentale tener conto delle *“legal and factual features which characterise the life of the society in the State”*¹⁸². Ciò in quanto, *“the national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention”*. Ovviamente, l'adozione di misure discriminatorie in deroga a quanto previsto dall'art. 14 CEDU, deve essere fondata su una giustificazione obiettiva e razionale. Su di essa, poi, la Corte si riserva un controllo che, tuttavia, *“(...) concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention”*¹⁸³.

3.2. *Segue*: L'applicazione agli articoli 8-11 CEDU.

Una definizione ancora più puntuale della dottrina del margine di apprezzamento si individua nei casi relativi all'applicazione degli articoli 8-11 CEDU¹⁸⁴.

¹⁸¹ Par. 4.

¹⁸² Par. 10.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Tali disposizioni tutelano rispettivamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (art. 8); il diritto alla libertà di pensiero,

Ciò che accomuna tali disposizioni è il modo in cui sono formulate nella loro struttura. Innanzitutto, esse concernono diritti non assoluti bensì relativi. Infatti, il primo paragrafo enuncia genericamente il diritto garantito dalla Convenzione a ogni individuo. Il secondo paragrafo, invece, indica se e a quali condizioni il godimento di tale diritto può subire delle limitazioni da parte delle autorità nazionali¹⁸⁵. È possibile, dunque, che al fine di preservare esigenze della società, il diritto garantito dalla singola disposizione convenzionale sia oggetto di bilanciamento con interessi contrapposti. Sicché le disposizioni in parola indicano le condizioni che devono essere rispettate al fine di giustificare misure restrittive dei diritti che vengono in gioco.

La prima condizione è una “previsione legale”¹⁸⁶ che corrisponda ai canoni di certezza giuridica. L’interferenza statale, infatti, deve essere “*prescribed by law*”, al fine di evitare interferenze arbitrarie. Al contempo, deve essere prevista in modo sufficientemente chiaro e preciso così da orientare il comportamento dei singoli.

La seconda condizione da soddisfare è che vi sia uno “scopo legittimo”, posto che solo esso potrebbe giustificare l’interferenza delle autorità nazionali nei diritti garantiti dalla Convenzione. Infine, l’ingerenza statale deve essere “necessaria in una società democratica”¹⁸⁷, con riferimento all’insieme dei valori che caratterizzano, in un dato momento, la società di riferimento.

Al fine di valutare se tali condizioni siano rispettate e il margine di apprezzamento di cui dispongono le autorità nazionali sia stato o meno violato, la Corte ricorre al principio di proporzionalità e ragionevolezza. Il *test di*

coscienza e religione (art. 9); il diritto alla libertà di espressione (art. 10); il diritto alla libertà di riunione e di associazione (art. 11).

¹⁸⁵ Generalmente tali limitazioni vengono imposte al fine di preservare la sicurezza nazionale o la protezione di altri diritti, come la morale o al fine di prevenire la commissione di taluni fatti di reato.

¹⁸⁶ È bene precisare che la Corte Edu ha elaborato una nozione autonoma di legalità e di riserva di legge. Essa, invero, rifugge da dati meramente formali per attribuire preminente rilievo a una nozione di tipo sostanziale *sub specie* di accessibilità e prevedibilità delle norme.

¹⁸⁷ Si discute in dottrina se la condizione in parola debba essere considerata come un requisito unico o se, al contrario, la misura restrittiva debba essere sia necessaria che compatibile con i valori di una società democratica. Secondo R. SAPIENZA, già cit. sub-nota 105, si tratterebbe di due requisiti distinti. Sarà necessario, dunque, compiere una “duplice valutazione: prima occorrerà valutare se la misura sia idonea al raggiungimento del fine e sia necessaria per il raggiungimento di quel fine (...)”; in un secondo momento “bisognerà valutare se tale misura sia accettabile in una società democratica”.

proporzionalità consiste nel verificare se vi siano delle esigenze sociali imperative; se l'interferenza statale che comporta una restrizione del diritto garantito dalla CEDU corrisponda a tali esigenze sociali e se sia proporzionale ad esse. Infine se i motivi adottati dalle autorità nazionali siano sufficienti a giustificare la restrizione in questione. Ne consegue, dunque, che il bilanciamento tra interessi in gioco deve necessariamente avvenire “in conformità di una ragionevole relazione di proporzionalità tra mezzi utilizzati e fine da raggiungere”¹⁸⁸.

Ciò premesso, emblematici sono i casi *Handyside* e *Sunday Times*¹⁸⁹ entrambi concernenti la libertà di espressione ex art. 10 CEDU.

Il caso *Handyside*¹⁹⁰ si segnala in quanto la Corte Edu, ribadisce la natura sussidiaria del sistema CEDU constatando che esso “(...) *leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines*”¹⁹¹. Ciò in quanto “*article 10, para. 2, leaves to the Contracting States a margin of appreciation*”¹⁹². Tuttavia, con la sentenza in parola, specifica nei confronti di quali organi sia rivolto tale margine di apprezzamento. “*This margin is given both to the domestic legislator (...) and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws*”¹⁹³.

Le circostanze che giustificano tale discrezionalità sono ancora una volta la *better position* in cui si trovano gli Stati e l'assenza di un *consenso europeo* sulla nozione di morale¹⁹⁴. Il ricorso al margine di apprezzamento, in tale caso,

¹⁸⁸ C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 803.

¹⁸⁹ Sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside c. United Kingdom*, ric. n. 5493/72; sentenza del 26 aprile del 1979, *Sunday times c. United Kingdom*, ric. n. 6538/74.

¹⁹⁰ La Corte si trova a dovere valutare la compatibilità con l'art. 10 CEDU di un'interferenza statale consistente nel sequestro e nella confisca di materiale editoriale poiché considerato osceno e quindi contrario alla “morale pubblica”. In buona sostanza se la libertà di espressione potesse essere limitata da un'interferenza statale fondata su una nozione morale di osceno. Il caso *Handyside* è stato definito dalla dottrina, come “*cause célèbre*” poiché è solo con esso che “*it has become fairly justifiable to consider a margin of appreciation as a doctrine*”, Y. ARAITAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry*, in *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2010.

¹⁹¹ Par. 48.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*. “(...) it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals”. Ciò in quanto la nozione di morale, varia “from time to time and from place to place, especially in our era which is

rappresenta lo strumento attraverso il quale poter tener conto delle innumerevoli concezioni morali esistenti nei diversi Stati. Ad ogni modo esso non attribuisce agli Stati (e agli organi titolari di tale potere) un potere illimitato. Compete alla Corte, infatti, il potere di assicurare l'osservanza degli impegni assunti dagli Stati aderenti. Sicché "(...) *the domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision*"¹⁹⁵. La competenza della Corte Edu si esplica, dunque, nel valutare lo *scopo* delle misure adottate nell'esercizio della discrezionalità concessa agli Stati e che esse siano *necessarie* in una società democratica¹⁹⁶. Infatti, "(...) *every 'condition', 'restriction' or 'penalty' imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued*"¹⁹⁷. Ad ogni modo la competenza della Corte non può in alcun caso prendere il posto delle autorità nazionali, posto che essa si limita a valutare la natura delle decisioni prese nell'esercizio del loro margine di apprezzamento.

Nel caso *Sunday Times*¹⁹⁸, la Corte Edu approfondisce ulteriormente i presupposti necessari per valutare, non solo la sussistenza del margine di apprezzamento, bensì che le misure adottate non superino l'eventuale discrezionalità concessa agli Stati. Anche nel caso di specie viene in gioco il diritto alla libertà di espressione ex art. 10 CEDU la cui tutela rappresenta la regola ed eventuali limitazioni delle mere eccezioni. In presenza di tali limitazioni, dunque, la Corte ritiene necessario, valutare se esista o meno un

characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject". Ne consegue che in ragione del diretto e continuo contatto con le forze vitali del paese "State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements".

¹⁹⁵ Par. 49.

¹⁹⁶ *Ibidem*. In tale caso, la Corte ha specificato che talune misure possono considerarsi necessarie in una società democratica ove vi sia un "pressing social need" da soddisfare.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ La Corte è stata chiamata ad accertare se la libertà di espressione potesse essere limitata da un provvedimento giurisdizionale che proibiva al periodico *Sunday Times* la diffusione di talune notizie, atteso che tale diffusione avrebbe potuto interferire con taluni procedimenti giudiziari pendenti. Sicché si demandava alla Corte se la limitazione della libertà di espressione potesse essere giustificata dalla necessità di salvaguardare "l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario". Nel caso di specie, diversamente da quanto constatato nel caso *Handyside*, la Corte ha ritenuto che il margine di apprezzamento statale fosse minore. Ciò in quanto "l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario" è una nozione "more objective" rispetto a quella di "protection of morals" che rilevava nel precedente *Handyside*. Invero, "the domestic law and practice of the Contracting States reveal a fairly substantial measure of common ground in this area" (par. 59).

consenso europeo sulla materia oggetto della controversia e sui valori che essa coinvolge. L'esistenza di un consenso europeo, nella specie esistente, restringe il margine di apprezzamento concesso agli Stati ed amplia, al contempo, il potere della Corte di verificare che le misure adottate siano legittime e "necessarie per una società democratica"¹⁹⁹.

3.3. *Segue*: L'applicazione nel Protocollo n.1 della Convenzione e nell'art. 6 CEDU.

La dottrina del margine di apprezzamento rileva, inoltre, con riferimento all'applicazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 CEDU che tutela il diritto di proprietà.

Come ripetutamente constatato dalla Corte, l'art. 1 Protocollo n. 1 comprende tre regole distinte: la prima (contenuta nel primo paragrafo, prima frase) enuncia il principio generale di un pacifico godimento del diritto di proprietà; la seconda regola (contenuta nel primo paragrafo, seconda frase) concerne la "*deprivation of possessions*" e le condizioni a cui tali limitazioni sono ammesse; la terza regola, infine, contenuta nel secondo paragrafo, riconosce che gli Stati sono titolari del potere di emanare leggi necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale²⁰⁰.

Ciò premesso, è bene precisare che in relazione alla norma in parola il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati è abbastanza ampio sia per quanto concerne la nozione di *interesse pubblico o generale*, sia per la previsione espressa contenuta nel secondo paragrafo.

Per quanto concerne la nozione di *interesse pubblico o generale*, spetta ai singoli Stati individuare cosa rientri nella nozione di interesse pubblico, posto che manca una definizione sia nella Convenzione che nella giurisprudenza della Corte Edu²⁰¹. Inoltre, in ragione "*of their direct knowledge of their society and its*

¹⁹⁹ Par. 59, la Corte ha osservato che "(...) whilst the adjective 'necessary', within the meaning of Article 10 (2) (art. 10-2), is not synonymous with 'indispensable', neither has it the flexibility of such expressions as 'admissible', 'ordinary', 'useful', 'reasonable' or 'desirable' and that it implies the existence of a 'pressing social need'".

²⁰⁰ Si veda *ex multis*, sentenza del 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ric. n. 17475/09, par. 83.

²⁰¹ "(...) even where the texts in force employ expressions like 'for the public use', no common principle can be identified in the constitutions, legislation and case-law of the

needs”, gli Stati si trovano in una *better position* rispetto ai giudici internazionali al fine di valutare cosa è meglio per l’interesse pubblico.

Il maggiore margine di apprezzamento lasciato agli Stati, si desume infine, dal secondo paragrafo della norma in parola che prevede espressamente il potere dei singoli Stati di emanare leggi “da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale”.

Ne consegue, dunque, che nei casi sottoposti all’esame della Corte Edu²⁰², ove viene in gioco il diritto di proprietà, essa è chiamata ad analizzare se sia stato raggiunto un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della società e quelle individuali. Se, dunque, la norma in parola consente un’ingerenza pubblica nel pacifico godimento dell’altrui diritto di proprietà poiché giustificata dalla sussistenza di un interesse pubblico, è imprescindibile che tale ingerenza sia legale e proporzionale con il fine che essa intende perseguire. Sicché, anche con riferimento al diritto di proprietà viene in rilievo il *test di proporzionalità*. In poche parole, la Corte è tenuta a verificare se l’ingerenza statale sia proporzionata allo scopo che l’autorità nazionale intende perseguire.

La dottrina del margine di apprezzamento si è estesa, altresì, in relazione all’applicazione dell’art. 6 CEDU. Con riferimento alla norma in parola, la discrezionalità concessa alle autorità nazionali è strettamente connessa all’autonoma interpretazione che la Corte Edu fornisce di “*criminal charge*”, “*civil rights and obligations*”. Invero, poiché trattasi di nozioni rilevanti per l’applicazione dell’art. 6 CEDU, l’interpretazione che la Corte Edu ne fornisce, finisce per restringere il margine di apprezzamento degli Stati.

In ogni caso la Corte ha osservato che il diritto a un processo equo non è un diritto assoluto, tuttavia eventuali limitazioni devono necessariamente perseguire uno scopo legittimo nel rispetto del principio di proporzionalità tra mezzi utilizzati e scopo da raggiungere²⁰³.

Contracting States” sentenza del 21 febbraio 1986, James and others v. United Kingdom, appl. n. 8793/ 70, par. 40.

²⁰² Si vedano *ex multis*, Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 23 settembre 1982, Sporrang and Lonnroth c. Sweden, ric. n. 7151/75; 7152/75; sentenza del 31 maggio 2011, Maggio c. Italia, ric. n. 46286/09; sentenza 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia, ricorsi nn. 43549/08, 6107/09 e 5087/09; sentenza del 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia; sentenza del 27 agosto 2015, Parillo c. Italia, ric. n. 46470/11;

²⁰³ Si veda, *ex multis*, Corte europea dei diritti dell’Uomo, sentenza del 21 febbraio 1975, ric. n. 4451/70, Golder v. United Kingdom, paragrafi 37 e 38; sentenza del 10

maggio 2001, *Z and others v. The United Kingdom*, ric. n. 29392/95, par. 93 ove la Corte osserva che “The right is not absolute, however. It may be subject to legitimate restrictions such as statutory limitation periods, security for costs orders, regulations concerning minors and persons of unsound mind”. Spetterà alla Corte “examine whether the limitation imposed impaired the essence of the right and, in particular, whether it pursued a legitimate aim and there was a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved”.

PARTE II: CORTE COSTITUZIONALE E GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

CAPITOLO 1

LA CORTE COSTITUZIONALE SUL VALORE DELLA CEDU NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Sentenze della Corte costituzionale n.348 e 349/2007. – 2. Il ruolo dei giudici nazionali e l'efficacia delle sentenze della Corte Edu. – 3. Il bilanciamento tra le esigenze di garantire il rispetto degli obblighi internazionali ed evitare un *vulnus* alla Costituzione.

1. Le sentenze della Corte costituzionale n.348 e 349/2007.

Con le sentenze c.d. gemelle¹, la Corte costituzionale ha chiarito il valore delle norme della CEDU nel sistema costituzionale italiano. In particolare, individuando nel giudizio di costituzionalità, da effettuare tramite il filtro dell'art.117 Cost., lo strumento per risolvere eventuali antinomie normative tra fonti.

Al fine di definire la posizione della CEDU nel sistema delle fonti, la Corte richiama le disposizioni della Costituzione che fanno riferimento a norme e a obblighi internazionali. Nel citare la costante giurisprudenza costituzionale, ricorda che l'art. 10, co.1, Cost. “concerne esclusivamente i principi generali e le norme di carattere consuetudinario”². Al contrario, gli articoli 7 e 10, co.2

¹ Corte costituzionale, sentenze del 22 ottobre 2007, nn. 348-349. Per un'analisi esaustiva dell'istituto della c.d. occupazione acquisitiva (oggetto delle sentenze in parola), anche in merito alle sentenze della giurisprudenza di legittimità successiva alle pronunce della Corte costituzionale, si veda M. P. COLAGERO, *Vita e morte dell'occupazione acquisitiva. Riflessioni intorno ad un istituto controverso, ad una sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, ad una sentenza della Corte costituzionale e ad un orientamento della Corte Edu*, in *Oidu*, 2016, pp. 479-529.

² Par. 6.1. sentenza n. 349. La norma in parola, invero, sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente

Cost. “fanno riferimento a ben identificati accordi, concernenti rispettivamente la condizione giuridica dello straniero e i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica”³. Ne consegue che tantomeno tali disposizioni possono essere riferite “a norme convenzionali diverse da quelle espressamente menzionate”.

Ciò premesso, la Corte prosegue osservando che deve essere ribadita la distinzione tra norme CEDU e norme comunitarie. Invero, le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno⁴. Diversamente, le norme comunitarie hanno piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza necessità di un atto di attuazione. Sicché tale diversità giustifica il diverso fondamento costituzionale, per l'efficacia diretta delle norme comunitarie, nell'art. 11 Cost. e non consente di estenderlo altresì alle norme CEDU. Con riferimento a queste ultime, infatti, non risulta individuabile “alcuna limitazione di sovranità nazionale”⁵. I diritti fondamentali, infatti, “non possono considerarsi una *materia* in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile una cessione di sovranità”⁶. La diversità tra sistema CEDU e ordinamento europeo, inoltre, deve ribadirsi nonostante la Corte di giustizia abbia qualificato i diritti fondamentali contenuti nelle disposizioni CEDU come principi generali del diritto comunitario, atteso che “il Consiglio d'Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992”⁷.

riconosciute e “non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale”.

³ *Ibidem*.

⁴ Par. 3.3, sentenza n.348/2007.

⁵ *Ibidem* e par. 6.1, sentenza n.349/2007. In senso critico G. CATALDI, *Convenzione europea e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2008, pp. 321-347. Secondo l'A. è bene distinguere tra limitazione e cessione di sovranità. L'adesione ad un trattato internazionale, infatti, comporta una limitazione di sovranità. Al contrario, è la “cessione” di sovranità che presuppone l'esistenza di un ordinamento a cui trasferire tale sovranità, come avviene nel caso dell'Unione europea.

⁶ Par. 6.1, sentenza n.349/2007.

⁷ Par. 6.1, sentenza n.349/2007.

Dal che ne deriva che eventuali antinomie normative tra norma CEDU e norma nazionale contrastante non possono essere risolte attraverso lo strumento della “non applicazione”, tipico dei rapporti tra norme europee e italiane. Pertanto, “correttamente il giudice *a quo* ha escluso di poter risolvere il dedotto contrasto della norma censurata con una norma CEDU, procedendo egli stesso a disapplicare la norma interna”⁸.

Quanto detto, trova conferma nel testo dell’art. 117⁹, co.1 Cost., che distingue i vincoli derivanti dall’“ordinamento comunitario” da quelli riconducibili agli “obblighi internazionali”. Differenza non solo terminologica bensì anche sostanziale¹⁰. Invero, la CEDU, “non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti”¹¹. La Corte, quindi esclude la natura *self executing* delle norme convenzionali senza però specificare perché tali norme non siano in grado di produrre diritti e obblighi direttamente azionabili dai singoli dinanzi ai giudici comuni. In buona sostanza la Corte si limita ad affermare che le norme CEDU, in quanto norme internazionali pattizie, ancorché vincolino lo Stato “non producono effetti diretti nell’ordinamento interno”¹². Infatti, “struttura e obiettivi della CEDU” portano a escludere che “la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria”¹³. Si è in presenza “di un trattato internazionale multilaterale - pur con caratteristiche peculiari - da cui derivano obblighi per gli Stati contraenti, ma non l’incorporazione dell’ordinamento giuridico italiano in un sistema più

⁸ Par. 3.3, sentenza n.348/2007.

⁹ Così come modificato dalla riforma al titolo V della Costituzione dalla Legge n. 3/2001.

¹⁰ Par. 3.3, sentenza n.348/2007.

¹¹ Par. 3.3, sentenza n.348/2007. Sul punto si veda L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l’adattamento dell’ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.2/2008, p. 302. Secondo l’A. “c’è un lampante *non sequitur* tra le due componenti della frase”. Invero, da un lato l’ordinamento sopranazionale produce norme direttamente applicabili in Italia. Dall’altro la CEDU, in quanto trattato internazionale al quale è stata data esecuzione è idonea a produrre norme direttamente applicabili, ove in essa figurino “disposizioni *self-executing*”. In senso analogo G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU e l’applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in A.CALIGIURI, G.CATALDI, N.NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, 2010, pp. 565-594.

¹² Par. 3.3, sentenza n. 348/2007.

¹³ Par. 6.1, sentenza n.349/2007.

vasto”.¹⁴ Le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro-legislatore¹⁵.

Buona parte della dottrina¹⁶, tuttavia, ha criticato l’affermazione della Corte che nega efficacia diretta alle norme convenzionali. Invero, ha sottolineato che la natura *self executing* di determinate disposizioni, “non discende solo da un ordinamento sovranazionale appositamente creato”, come sembrerebbe asserire la Corte nel mettere a confronto l’ordinamento CEDU con quello comunitario. Al contrario discende da un qualsiasi Trattato internazionale, o meglio dal momento in cui interviene l’atto interno per darvi esecuzione. Infatti è a partire da tale momento che le norme hanno natura *self executing* e in quanto tali sono idonee a produrre diritti e obblighi invocabili dai singoli dinanzi al giudice nazionale.

Ciò posto, la Corte osserva che è necessario considerare la posizione e il ruolo delle norme della CEDU, allo scopo di verificare la loro incidenza nell’ordinamento giuridico italiano¹⁷.

Prima dell’introduzione dell’art. 117, co.1 Cost., che ad oggi condiziona l’esercizio della potestà legislativa di Stato e Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, le norme internazionali pattizie acquisivano natura di legge ordinaria per effetto del loro inserimento nel sistema delle fonti mediante legge di adattamento (avente normalmente rango di legge ordinaria)¹⁸. Da ciò ne

¹⁴ Par. 3.3, sentenza n.348/2007.

¹⁵ Par. 6.1, sentenza n.349/2007. Si veda G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU*, già cit. sub-nota 11 il quale critica l’affermazione della Corte, atteso che le sentenze della Corte di Strasburgo si rivolgono allo Stato nel suo complesso, senza che rilevi il principio di separazione tra i poteri dello Stato. Principio che può avere rilevanza unicamente per l’ordinamento interno e non nei rapporti con il sistema CEDU.

¹⁶ B.CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti tra diritto interno e trattati internazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionali*, n.3/2008, pp.581-585. Nello stesso senso M. L. PADELETTI, *L’esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 349- 365 secondo cui, ferma la distinzione tra diretta applicabilità ed efficacia diretta, la Corte costituzionale ha semplicemente voluto escludere che le norme CEDU siano idonee a produrre effetti diretti nell’ordinamento interno, “senza peraltro negare che le norme convenzionali, cui sia stata data esecuzione con legge, possano avere di per sé carattere *self-executing*”. Ad ogni modo l’A. auspica un intervento chiarificatore della giurisprudenza costituzionale; L. CONDORELLI, già cit. sub-nota 11.

¹⁷ Par. 4.2, sentenza n.348/2007.

¹⁸ *Ibidem*.

derivava che esse erano potenzialmente modificabili da altre leggi ordinarie successive e non potevano essere assunte come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale¹⁹.

Con l'introduzione dell'art. 117, Cost. viene conferita copertura costituzionale agli "obblighi internazionali derivanti dai trattati internazionali a cui l'Italia aveva aderito" e al contempo si colma la lacuna esistente nel sistema costituzionale in merito allo strumento per risolvere le antinomie tra norma CEDU e norme interne.

Tale norma, al pari di altre norme costituzionali, sviluppa la sua concreta operatività solo se posta in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dargli contenuto. Tuttavia, la Corte precisa che esse sono qualificabili come "fonti interposte", atteso che sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria²⁰. Questo significa che il parametro di cui all'art. 117 diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa stato-regioni. Tale parametro diviene operativo e viene integrato dalle norme CEDU che concretizzano e stabiliscono la consistenza degli obblighi internazionali. Pertanto l'art. 117 Cost. rappresenta "un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente che quindi dà vita e contenuto agli obblighi internazionali generalmente evocati (...)" dalla norma in parola²¹.

2. Il ruolo dei giudici nazionali e l'efficacia delle sentenze della Corte Edu.

¹⁹ Per un'analisi esaustiva del valore della CEDU prima della riforma costituzionale dell'art. 117 Cost. ad opera della l. 3/2001 e dell'intervento della Consulta si veda: U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 7 e ss.

²⁰ Par. 4.5, sentenza n.348/2007.

²¹ Par. 6.2, sentenza n.349/2007. È bene precisare che, nonostante la Corte abbia attribuito alle norme CEDU il rango subordinato alla Costituzione, nulla esclude che esse possano corrispondere a norme generali di diritto internazionale. In tale caso, è chiaro che il fondamento costituzionale si deve rinvenire nell'art. 10 Cost. e che tali norme non necessitano della legge di esecuzione della Convenzione per trovare riconoscimento nell'ordinamento italiano. Ne consegue che, in tal caso, il parametro costituzionale in base al quale sollevare questione di legittimità costituzionale sarà l'art. 10, co.1 e non l'art. 117, co.1, Cost.

Dopo aver precisato il rango della CEDU nel nostro ordinamento, la Corte prosegue nel definire l'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo e il ruolo dei giudici nazionali nel risolvere eventuali antinomie normative con le norme convenzionali.

Con riferimento al ruolo dei giudici comuni, dinanzi ai quali rilevi un contrasto tra norma nazionale e norma CEDU, la Corte richiama la c.d. presunzione di conformità, ovvero "l'obbligo dei giudici comuni di interpretare le norme interne in modo conforme alle disposizioni internazionali entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme"²². Dal che ne deriva che la norma CEDU diviene non solo parametro di legittimità bensì anche parametro di interpretazione delle norme interne. Il fondamento normativo dell'obbligo di adeguare la legislazione nazionale alle norme della Convenzione, così come interpretate dalla Corte Edu, è individuato nell'art. 32, par. 1, CEDU²³. In buona sostanza, la competenza esclusiva della Corte Edu nell'interpretare la CEDU si traduce in un vero e proprio obbligo di interpretazione conforme, in capo ai giudici nazionali²⁴.

²² *Ibidem*. Sul punto si veda P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.2/2008, pp. 311-320. L'A. sostiene che sarebbe stato più coerente imporre ai giudici comuni un previo obbligo di interpretazione conforme della norma pattizia con la Costituzione e solo in un secondo momento di interpretare conformemente alla norma pattizia la norma interna contrastante. Ciò poiché se il giudice comune si limitasse a un obbligo di interpretazione conforme alla norma internazionale pattizia la conseguenza sarebbe quella secondo cui si consentirebbe la permanenza, nel nostro ordinamento, di una norma conforme ad altra (quella internazionale) di possibile dubbia costituzionalità.

²³ Par. 6.2, sentenza n.349/2007 ove la Corte afferma che "l'ultima parola" nell'interpretazione della CEDU e dei suoi Protocolli, spetta alla Corte Edu, al fine di garantire un'uniformità di applicazione, così come enunciato dall'art. 32, co. 1, della CEDU. E par. 4.6, sentenza n.348/2007, "La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa", come stabilito dall'art. 32 CEDU.

²⁴ G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2/2009, pp. 195-229. Tuttavia, si veda E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto interazionale*, 2008, pp. 138 e ss. ed E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e l'art. 117, co.1 Cost.*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1/2010, p. 128. Secondo l'A. l'art. 32 CEDU non individuerrebbe una competenza esclusiva della Corte Edu ad interpretare la CEDU. Alla luce del sistema convenzionale, infatti, non dovrebbe escludersi, una competenza concorrente dei giudici nazionali nell'interpretare e applicare la CEDU, atteso che, la giurisprudenza nazionale rappresenta un fattore di stimolo per la Corte Edu al fine di aggiornare i propri orientamenti. E' pur vero, che l'istituzione di un organo giurisdizionale si giustifica al

Tuttavia è bene precisare che parte della dottrina ha osservato che l'art. 32 CEDU dal quale dovrebbe desumersi, secondo la Corte costituzionale, tale "obbligo di adattamento", riguarda la competenza della Corte Edu a interpretare e applicare la CEDU. Sicché non può ricavarsi da tale norma, la vincolatività *tout court* delle sue sentenze²⁵, atteso che la vincolatività della giurisprudenza della Corte Edu, dovrebbe essere ridimensionata nel senso di prevedere talune eccezioni o temperamenti.

In termini analoghi, nella sentenza n.348, la Corte osserva che "tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione"²⁶. Pertanto, i giudici comuni devono tener conto della giurisprudenza della Corte Edu, in quanto organo deputato a garantire l'uniformità di tutela dei diritti contenuti nella CEDU e a precisare il contenuto dell'obbligo internazionale²⁷. Ciò però esclude che la competenza

fine di dar vita a un sistema uniforme di tutela dei diritti fondamentali e conseguentemente che i giudici nazionali sono tenuti a interpretare la Convenzione alla luce del "diritto vivente". Ciò nonostante non deve escludersi la possibilità di un'autonoma attività interpretativa da parte dei giudici nazionali. L'A., infatti, sottolinea l'"inopportunità di un vincolo formale ad interpretare la Convenzione in conformità alla giurisprudenza della Corte europea". Le conseguenze di tale vincolo, invero, si ripercuotono inevitabilmente sul giudizio di costituzionalità, atteso che "il bilanciamento fra valori convenzionali operato dalla Corte Europea, diventerebbe allora vincolante nel giudizio di costituzionalità delle leggi, determinandone così completamente l'esito". E l'esito sarebbe quello di "pregiudicare l'attività tipica della Corte costituzionale, che è quella di bilanciare norme e valori costituzionali", nonché quello di "estendere *erga omnes* gli effetti delle sentenze della Corte europea".

²⁵ R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *www.federalismi.it*, 2010, (online); E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, n. 7/2010, pp. 955-965. Si veda L. CONDORELLI, già cit. sub-nota 11, secondo cui gli Stati sono tenuti a rispettare "scrupolosamente" le sentenze definitive della Corte Edu ma solo se pronunciate in controversie in cui sono parti. È necessario, dunque, coordinare l'art. 32 CEDU con l'art. 46 CEDU al fine di delimitare l'ambito soggettivo delle sentenze rese dalla Corte Edu. Nello stesso senso O.POLLICINO, *I rapporti tra Corti in uno scenario ancora più complesso ed articolato dopo Lisbona*, in *www.diritticomparati.it*, 2010,(online) ed E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, già cit. sub-nota 24.

²⁶ Par. 4.6, sentenza n.348/2007.

²⁷ *Ibidem*. Secondo M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 614, "anteporre alla cogenza della disposizione scritta il precetto ricavato dalla Corte, significa amplificare in prima istanza il margine di attrito tra ordinamenti, in ragione delle distinte logiche di bilanciamento che possono manifestarsi nell'uno e nell'altro caso, ed impedire il confronto virtuoso tra giurisprudenze".

della Corte Edu a interpretare e applicare la Convenzione, si sovrapponga a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, posto che trattasi di “una funzione interpretativa che gli stessi Stati hanno riconosciuto e a cui sono vincolati nel rispetto degli obblighi internazionali”²⁸. Ad ogni modo, è chiaro, che tale vincolo deve escludersi in tutti i casi in cui i singoli Stati hanno mantenuto la possibilità di esercitare, in occasione della ratifica, il diritto di riserva o di denuncia successiva relativamente a una o più disposizioni della Convenzione²⁹. Tale affermazione è di particolare importanza, atteso che la Corte precisa che in difetto di tale “riserva” o “denuncia”, ne “risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni”³⁰. Sicché questo è quanto dovrebbe valere, in primo luogo, per lo Stato Italiano, data l’assenza di qualsiasi riserva iniziale all’efficacia della Convenzione.

Secondo la Corte, dunque, gli Stati contraenti, tra cui quello italiano, sono “obbligati ad adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte”³¹. Non può escludersi, infatti, che la funzione ermeneutica degli organi giurisdizionali consente in ogni caso di attribuire vitalità al testo di legge nonché di adeguarlo agli sviluppi recenti della realtà sociale. Così da fornire al giudice nazionale idonei strumenti interpretativi.

Si tratterà, pertanto, di verificare in che modo la Corte costituzionale, nella sua giurisprudenza successiva, abbia inteso tale vincolo alla giurisprudenza di Strasburgo. In buona sostanza se si discosti o meno da tali osservazioni iniziali al fine di rivendicare un maggiore margine di autonomia rispetto agli obblighi internazionali.

3. Il bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali ed evitare un *vulnus* alla Costituzione.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Par. 6.2, sentenza n.349/2007. A. GUAZZAROTTI, A. COSSIRI, *La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole*, in www.forumcostituzionale.it, 2008, (online) sottolineano che la Corte richiamando la possibilità di “denuncia successiva” da parte dello Stato che ha aderito alla Convenzione, si distanzia rispetto a quanto affermato rispetto al Trattato CE. Invero tale trattato “viene garantito contro eventuali leggi statali dirette a rimuovere ingiustificatamente i limiti della sovranità statale dallo stesso legislatore posti “in diretto e puntuale adempimento dell’art. 11 Cost.”.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Par. 4.6, sentenza n. 348/2007.

La Corte prosegue poi nel chiarire il ruolo ad essa spettante rispetto alla Corte Edu e nei confronti della CEDU.

Precisa che se da un lato l'art. 117 Cost. "rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive"³², queste non assumono rango costituzionale. Sicché è proprio dalla natura sub-costituzionale di tali norme che ne individua un "limite" alla loro operatività nel sistema interno. Tale limite è rappresentato dalla Costituzione. Invero, "la particolare natura delle stesse norme (...) fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le 'norme interposte' e quelle costituzionali"³³.

In buona sostanza, vi è "la necessità assoluta e inderogabile che le norme CEDU siano esse stesse conformi a Costituzione, altrimenti si avrebbe il paradosso di dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma interna perché in contrasto con una norma convenzionale a sua volta illegittima in quanto in contrasto con la Costituzione"³⁴. La Corte, dunque, si riserva una valutazione a tutto campo al fine di accertare una stretta conformità della norma pattizia con il dettato costituzionale³⁵.

Al contrario, nella sentenza n.349, in un primo momento, osserva che "la norma interposta è soggetta a sua volta a una *verifica di compatibilità* con le norme della Costituzione"³⁶. Subito dopo, però, afferma che, le norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, devono garantire una tutela dei diritti fondamentali almeno *equivalente* al livello garantito dalla Costituzione italiana³⁷. È chiaro, dunque, che il "limite" alla concreta operatività del

³² Par. 4.3, sentenza n. 348/2007.

³³ Par. 4.7, sentenza n.348/2007.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ L. CONDORELLI, già cit. sub-nota 11. In senso analogo P. CARETTI, già cit. sub-nota 22 secondo cui la "verifica di stretta conformità" delle norme CEDU a Costituzione, che la Corte si riserva, avrebbe poco senso. Infatti, le norme della CEDU apprestano una tutela scritta ai diritti fondamentali, al pari della nostra Costituzione. Sicché una eventuale antinomia normativa potrebbe verificarsi solo su un piano quantitativo e non qualitativo. Ciò vuol dire che le ipotesi di contrasto potrebbero riguardare la diversa "misura di tutela accordata ai singoli diritti, piuttosto che una violazione diretta del parametro costituzionale".

³⁶ Par. 6.2, sentenza n.349/2007.

³⁷ *Ibidem*. Tale osservazione risulta poco comprensibile secondo G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo*

parametro CEDU è meno stringente rispetto alla verifica di “stretta conformità a Costituzione”, atteso che la Convenzione ben può garantire uno standard di tutela minimo, essendo possibile così che gli Stati provvedano a un *surplus* di tutela. Tuttavia, ove la CEDU garantisca un livello di protezione inferiore, non sarà necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale³⁸. Il che comporta che secondo tale impostazione una questione di legittimità costituzionale sarebbe scelta obbligata solamente ove la tutela garantita a livello interno sia inferiore rispetto a quella convenzionale³⁹. In buona sostanza, quindi, si tratta di verificare, nelle valutazioni che compie la Corte, quali interessi prevalgano maggiormente. Se il rispetto degli obblighi internazionali che impongono decisioni più garantiste, riducendo a casi eccezionali e tassativi le limitazioni di taluni diritti (come il diritto di proprietà nel caso di specie) ovvero interessi contrapposti di rilevanza meramente interna (come la funzione sociale della proprietà e i principi di solidarietà economica e sociale)⁴⁰.

parzialmente, in *Rivista di diritto internazionale*, n.1/2008, p. 137. Secondo l’A., infatti, “un giudizio di equivalenza si giustificherebbe soltanto se, contrariamente a quello che afferma la Corte, si intendesse sostituire il parametro derivante dalla Convenzione europea a quello risultante dalla Costituzione”. Invero, l’obbligo a che la legge ordinaria si conformi alla CEDU sussiste ancorché quest’ultima garantisca una tutela dei diritti fondamentali inferiore.

³⁸ In tal senso si veda U.VILLANI, già cit. sub-nota 19, p. 14. L’A. osserva che un conflitto tra norma CEDU e norma interna non si pone nei casi in cui il livello di protezione garantito dall’ordinamento italiano sia più elevato rispetto a quello accordato a livello convenzionale. Invero, l’art. 53 della CEDU dichiara che “nessuna delle disposizioni della Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell’uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti (tra l’altro) in base alle leggi di ogni Parte contraente”. Ne consegue che sarà la norma interna a dover trovare applicazione in tutti quei casi in cui sia più favorevole al diritto che viene in questione. Nello stesso senso G. CATALDI, *Convenzione europea e ordinamento italiano*, già cit. sub-nota 5, p. 329 L’A. ricorda, invero, che la CEDU si limita a stabilire “lo standard minimo di protezione necessario dei singoli diritti garantiti e che il sistema è basato sulla sussidiarietà, nel senso che la tutela dei diritti umani resta in primo luogo affidata al livello nazionale, il controllo internazionale rivestendo un carattere eventuale e successivo”. Ne consegue che ove la legge interna garantisca un livello di tutela maggiore rispetto a una norma CEDU, la prima è “perfettamente conforme a quest’ultima e quindi all’art. 117, co.1 Cost.”.

³⁹ Questo è quanto avviene nei casi esaminati dalla Consulta, ove il diritto in gioco è il diritto di proprietà tutelato in maniera più ampia a livello convenzionale, posto che viene annoverato tra i diritti fondamentali della persona. Al contrario, sul piano interno, la legge può determinare, tra gli altri, i limiti al diritto di proprietà al fine di assicurarne la funzione sociale (art. 42 Cost.).

⁴⁰ La stessa sentenza n. 348/2007 ha valorizzato la funzione sociale della proprietà e i principi di solidarietà economica e sociale, così rimettendo al legislatore la possibilità di scegliere un indennizzo anche inferiore al valore venale del bene rispetto ai *dicta* di Strasburgo. In buona sostanza, l’art. 42 Cost. ha operato come “controlimite”

Pertanto, ove una norma CEDU contrasti con una norma costituzionale o non superi il “test di equipollenza”, la Corte “ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa a integrare il parametro, provvedendo, *nei modi rituali*, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano”⁴¹. È bene chiarire che la Corte non ha individuato quali siano in concreto le modalità attraverso le quali espungere la norma dall'ordinamento. Ovvero se oggetto della questione di legittimità dinanzi ad essa debba essere la legge di esecuzione della CEDU⁴² o meglio la singola norma che si ritiene contrastante con il sistema convenzionale⁴³. Nella sentenza n.349, inoltre, non si riscontra alcuna specificazione, atteso che la Corte osserva che “qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una *norma nazionale* rispetto all'art. 117, co.1, Cost. spetta ad essa accertarne il contrasto”⁴⁴. Pertanto potrebbe avanzarsi l'ipotesi che oggetto della questione di legittimità sia la singola norma nazionale e non la legge di esecuzione della CEDU. Ad ogni modo, sarà possibile stabilire, con maggiore certezza, quale sia l'oggetto delle questioni di legittimità costituzionale, attraverso l'analisi della successiva giurisprudenza della Corte.

Se, dunque, il contrasto tra norma CEDU e norma interna non sia sanabile in via meramente interpretativa, è lo stesso art. 117, co.1, Cost., che attrae le norme convenzionali “nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo ma questioni di legittimità costituzionale”⁴⁵. La Corte, dunque, ribadisce che il giudice comune non ha un potere di disapplicare la norma legislativa interna, posto che sul punto vi è “un'esclusiva competenza del giudice delle leggi”⁴⁶.

all'ingresso della norma CEDU (l'art. 1 protocollo addizionale alla CEDU), così come interpretata dalla Corte Edu.

⁴¹ Par.4.7, sentenza n.348/2007.

⁴² Legge 4 agosto 1955, n. 848.

⁴³ Nel primo senso si veda U. VILLANI, già cit. sub-nota 19, p. 16 secondo cui oggetto della declaratoria di incostituzionalità dovrebbe essere “la legge italiana di esecuzione della CEDU, nella misura in cui determina l'ingresso della disposizione in questione nel nostro ordinamento”. Inoltre, posto che il conflitto normativo si pone tra la norma censurata e la norma CEDU nell'interpretazione fornita dalla Corte Edu, “la declaratoria d'incostituzionalità riguarderebbe l'obbligatorietà della sentenza contenente tale interpretazione, con il risultato che essa sarebbe ineseguibile in Italia”.

⁴⁴ Par. 6.2, sentenza n.349/2007.

⁴⁵ Par. 4.3, sentenza n.348/2007.

⁴⁶ *Ibidem*. In senso parzialmente difforme si veda G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU*, già cit. sub-nota 11, p. 573, secondo cui il potere del giudice

Così precisa il diverso ruolo che le compete rispetto alla Corte Edu, nonostante entrambe siano rivolte “al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo”⁴⁷. Invero, al fine di garantire “l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri”, l'interpretazione della CEDU e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo⁴⁸. Al contrario, compete alla Corte costituzionale “accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana”⁴⁹. Non si tratta, invero, “di sindacare l'interpretazione della norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo”⁵⁰, nonostante poi la Corte abbia affermato che “si deve escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali”⁵¹. Quindi, l'interpretazione della Corte Edu non viene messa in discussione dalle giurisdizioni nazionali e in primo luogo dalla Corte, tuttavia tale interpretazione non ha un'efficacia vincolante incondizionata nel giudizio di costituzionalità. In buona sostanza, è innegabile che la Corte già da tali prime affermazioni sottolinea una separazione di competenze tra le due giurisdizioni, soprattutto ove osserva che “in tal modo, risulta realizzato un corretto *bilanciamento* tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa”⁵².

In conclusione, afferma che “la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne”⁵³. Ciò significa che la

comune di “non applicare” la norma interna contrastante con la CEDU “può senz'altro coesistere con il controllo di costituzionalità della Corte”. Questo vale maggiormente nel caso delle norme CEDU che sono poste a tutela dei diritti umani. Invero, la possibilità per il giudice comune di disapplicare la norma interna incompatibile con la CEDU, accrescerebbe le possibilità di tutela del singolo che avrebbe a sua disposizione non solo uno strumento che va ad aggiungersi al giudizio di costituzionalità, bensì, indubbiamente, uno strumento più efficace.

⁴⁷ Par. 6.2, sentenza n. 349/2007.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Par.4.7, sentenza n.348/2007.

⁵² Par. 4.7, sentenza n.348/2007 e Par. 6.2, sentenza n.349/2007.

⁵³ *Ibidem*.

Corte si è riservata, già da ora, una competenza esclusiva, in un giudizio *accentrato* di costituzionalità, a verificare in quale misura la norma della Convenzione, come interpretata dalla Corte EDU, si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. Questo sembrerebbe confermato dalle successive indicazioni della Corte che precisa in che modo debba essere condotto lo scrutinio di legittimità costituzionale richiesto dal giudice remittente⁵⁴. Sembrerebbe, dunque, che la Corte “delinei un sistema nel quale sarebbe per lo meno preferibile, se non anche doveroso, per i giudici di merito, una volta accertata una difformità fra leggi e obblighi internazionali, astenersi dall'utilizzare strumenti ermeneutici per la composizione del conflitto e provvedere a rimettere la questione di legittimità alla Corte costituzionale”⁵⁵. In buona sostanza, sembrerebbe che l'intento della Corte sia quello di ampliare il sindacato di costituzionalità al punto da individuare nel giudizio di costituzionalità la sede più appropriata nella quale risolvere le antinomie normative tra norme CEDU e norme interne. Tale inclinazione sarebbe confermata, secondo autorevole dottrina, dalla circostanza che nelle sentenze in parola, la Corte non menzioni tra gli strumenti idonei a prevenire il giudizio di costituzionalità, il criterio di specialità⁵⁶.

⁵⁴ Par. 5, sentenza n. 348/2007. In particolare, è necessario verificare se effettivamente vi sia un contrasto tra norma censurata e norma CEDU non risolvibile in via interpretativa. In secondo luogo, verificare la compatibilità con la Costituzione delle norme CEDU “invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte”.

⁵⁵ E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano*, già cit. sub-nota 24, p. 138. Secondo l'A. il sistema così delineato, nella sentenza in parola, valorizzerebbe un “ruolo più attivo” della Corte rispetto a quello dei “giudici di merito nella composizione dei conflitti fra leggi e obblighi internazionali”. Infatti, a tener conto delle osservazioni della Corte risulterebbe addirittura preferibile il giudizio dinanzi ad essa per risolvere le antinomie normative con il sistema CEDU piuttosto che lo strumento dell'interpretazione conforme da parte dei giudici comuni. Infatti, mediante il giudizio di costituzionalità il conflitto normativo potrebbe risolversi in favore della normativa interna, “in quanto potrebbero essere piuttosto gli obblighi internazionali a risultare difformi rispetto al sistema costituzionale di valore”. *Contra* U. VILLANI, già cit. sub-nota 19, p. 21, secondo cui “il rinvio alla Corte costituzionale appare chiaramente come una *extrema ratio*, da impiegare solo qualora il contrasto tra disposizioni della legge italiana e norme della Convenzione europea non possa risolversi attraverso un'interpretazione delle prime effettuata in conformità con le seconde”.

⁵⁶ E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano*, già cit. sub-nota 24, p. 139. Secondo l'A. tale criterio potrebbe essere utilizzato dai giudici comuni, per risolvere conflitti tra norme, in tutti quei casi in cui “una norma convenzionale sia stata resa esecutiva nell'ordinamento interno con un atto legislativo e possieda caratteri tali da poter essere applicata direttamente nei giudizi interni”.

Di fatto, dunque, la Corte si appropria di un margine di apprezzamento significativo che, in realtà, sembrerebbe costituire un'applicazione peculiare della teoria dei c.d. controlimiti⁵⁷. Controlimiti che coincidono con la Costituzione nella sua interezza. Come osservato dalla Corte, infatti, la CEDU, ai fini della sua operatività nell'ordinamento interno deve superare il vaglio di "stretta conformità a Costituzione".

È chiaro che tale verifica di conformità rende concretamente più difficile l'applicazione delle norme CEDU, posto che la stessa Corte costituzionale potrebbe impedire l'ingresso di tali norme ove ritenga prevalenti interessi tutelati dalle norme costituzionali di volta in volta conferenti nei singoli giudizi di costituzionalità.

Contra L.CONDORELLI, già cit. sub-nota 11, p. 305, secondo cui "la categoria logica (e giuridica) della specialità (...) risulta assolutamente inadeguata", posto che le norme della CEDU contribuiscono a "identificare i valori supremi cui l'ordinamento giuridico di ogni Stato parte deve ispirarsi e conformarsi nella sua interezza".

⁵⁷ Si veda F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.3/2008, p. 510 secondo cui la Corte costituzionale, in un atteggiamento di protezione nei confronti della CEDU, sembrerebbe poco propensa a "favorire la circolazione di una 'cultura dei diritti' nello spazio giuridico europeo".

CAPITOLO 2

GIUDICATO E PROCESSO EQUO.

SOMMARIO: 1. Premessa. – A. La giurisprudenza della Corte Edu: il caso Dorigo. – B. La giurisprudenza della Corte costituzionale. – B.1. La sentenza n.129/2008 dichiara l'infondatezza della questione sollevata e sollecita l'intervento del legislatore. – B.2. La sentenza n.113/2011 trova un meccanismo per adeguare l'ordinamento italiano dopo aver constatato la persistente assenza dell'intervento del legislatore.

1. Premessa.

I rapporti tra ordinamento italiano e ordinamento convenzionale, hanno posto l'ulteriore questione, di natura processuale, circa le sorti del giudicato (nazionale) di condanna, nel caso di accertata violazione dei principi CEDU da parte della Corte Edu.

Come è noto, i singoli Stati aderenti alla Convenzione, si impegnano ex art. 46 CEDU, a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie in cui sono parte. L'obbligo di conformarsi impone agli Stati di rimuovere le violazioni della CEDU concedendo un equo indennizzo alla parte lesa o attraverso l'adozione di misure generali o individuali⁵⁸.

Tuttavia, la Corte Edu ha da sempre sostenuto che la violazione dei principi convenzionali, non può essere sanzionata mediante la semplice imposizione allo Stato inadempiente dell'obbligo di corrispondere al condannato un ristoro di natura patrimoniale, essendo necessaria una vera *restitutio in integrum*⁵⁹. Tale misura, infatti, è finalizzata a porre il ricorrente in una situazione equivalente a quella in cui si fosse trovato ove non vi fosse stata una violazione della CEDU.

Ciò premesso, per quanto concerne le infrazioni relative allo svolgimento di un processo, la Corte Edu ha a più riprese ribadito che al fine di garantire la *restitutio in integrum*, la misura più adeguata sia rappresentata dalla riapertura del processo.

⁵⁸ Per approfondimenti sull'obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte Edu si veda, parte I, Cap.1.

⁵⁹ Si veda *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 18 maggio 2004, Somogy c. Italia, ric. n. 67972/01; sentenza del 10 novembre 2004, Sejdicovic c. Italia, ric. n. 56581/00.

Nel caso, dunque, di un processo che si sia svolto e concluso in contrasto con i canoni di equità processuale ex art. 6 CEDU, la misura più idonea imporrebbe la revisione del giudicato interno e la celebrazione di un nuovo processo secondo equità. La norma in parola, infatti, nel tutelare il diritto a un processo equo rappresenta uno strumento di notevole importanza per garantire la tutela piena ed effettiva degli altri diritti individuali disciplinati dalla Convenzione.

Tuttavia, è bene rilevare, che il diritto processuale italiano non prevede una disposizione che consenta la revisione del giudicato per la celebrazione di un nuovo processo, al fine di ottemperare alle sentenze della Corte Edu. L'art. 630 c.p.p. rubricato "casi di revisione" non prevede, tra i vari, la revisione del processo ove la Corte Edu, abbia accertato, con sentenza definitiva, la violazione dei principi convenzionali⁶⁰. Manca, dunque, un apposito rimedio, destinato ad attuare l'obbligo dello Stato di conformarsi (anche attraverso una eventuale rinnovazione del processo) alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo, nell'ipotesi in cui sia stata accertata la violazione della CEDU.

Per tali ragioni, a seguito della prima condanna giunta da Strasburgo, la giurisprudenza, in particolare della Corte costituzionale, ha tentato di individuare delle soluzioni operative che consentissero di adeguare l'ordinamento italiano alla CEDU e di dare esecuzione alle sentenze della Corte Edu.

A. La giurisprudenza della Corte Edu: il caso Dorigo.

La vicenda, oramai nota come caso Dorigo, rappresenta un esempio emblematico dei rapporti tra ordinamenti e del ruolo fondamentale che la Corte costituzionale ha assunto sul punto, in un'ottica di cooperazione tra Corti, ancorché limitatamente a tale questione.

Il ricorrente, a seguito di una condanna per i reati di finalità terroristica, si rivolgeva alla Commissione europea per i diritti dell'uomo, constatando che il processo nei suoi confronti non si fosse svolto con le garanzie tipiche dell'art. 6

⁶⁰ La norma in parola, invero, prevede la revisione del processo "se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile dal giudice ordinario o da un giudice speciale" (lett. a) art. 630 c.p.p.).

CEDU⁶¹. Invero, la sua condanna era fondata interamente su dichiarazioni rese da testimoni co-imputati pentiti, non esaminati tuttavia in sede dibattimentale, così, eludendo il principio del contraddittorio.

La Commissione europea per i diritti dell'uomo, adita dal ricorrente, aveva adottato un rapporto⁶² in cui rilevava la violazione dell'art. 6 CEDU, in quanto la condanna del ricorrente era fondata esclusivamente su dichiarazioni rese prima del processo da imputati pentiti, senza che lo stesso avesse potuto ottenerne l'esame in dibattimento⁶³.

In particolare, i diritti di difesa sono incompatibili con le garanzie sottese all'art. 6 CEDU, quando le deposizioni di un testimone, che non è stato sentito pubblicamente nel corso del dibattimento, rappresentano elemento di prova che ha portato alla sentenza di condanna. E precisamente ove l'imputato, non ne abbia potuto demandare l'esame o contestare la veridicità delle dichiarazioni⁶⁴.

Per tali ragioni, il ricorrente non avrebbe beneficiato di un processo equo.

Successivamente, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, a cui era stato inviato il rapporto della Commissione, statuiva per la violazione della CEDU⁶⁵ e sollecitava lo Stato italiano a ottemperare agli obblighi discendenti dalla sua appartenenza al Consiglio d'Europa⁶⁶.

B. La giurisprudenza della Corte costituzionale

B.1. La sentenza 129/2008 dichiara l'infondatezza della questione sollevata e sollecita l'intervento del legislatore.

⁶¹ In particolare, il ricorrente lamentava non solo la violazione del diritto a un processo equo garantito dal par. 1 dell'art. 6 CEDU, bensì anche la violazione del diritto di controinterrogare i testimoni a carico e ottenere la convocazione di quelli a discarico ex art. 6, par. 3, lett. d).

⁶² Rapport de la Commission du 9 septembre 1998, affaire Dorigo c. Italie, ric. n. 33286/96. Con l'entrata in vigore del Protocollo n. 11 della CEDU (1° novembre 1998) è stata soppressa la Commissione europea dei Diritti dell'Uomo ed è stata creata una Corte unica (Corte Europea dei diritti dell'Uomo).

⁶³ Par. 38.

⁶⁴ Par. 44.

⁶⁵ Résolution du Comité des Ministres DH(99)258 du 15 avril 1999. Prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11, le decisioni del Comitato dei Ministri erano vincolanti per gli Stati parte. Il che comportava l'obbligo per questi ultimi di adeguarvisi.

⁶⁶ Obblighi consistenti nel pagamento dell'equa soddisfazione e nell'adozione "si nécessaire: de mesures individuelles mettant fin aux violations et de mesures générales, permettant de prévenir des violations semblables" (Risoluzioni interinali ResDH (2002)30 del 19 febbraio 2002, ResDH (2004)13 del 10 febbraio 2004, ResDH(2005)85 del 12 ottobre 2005).

Nonostante le diverse sollecitazioni rivolte allo Stato italiano per adottare adeguate misure, il legislatore italiano per lungo tempo è rimasto inerte.

Con una prima sentenza⁶⁷, la Corte costituzionale dichiara infondata la questione di legittimità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui esclude dai casi di revisione l'impossibilità di conciliare i fatti stabiliti a fondamento della sentenza con la decisione della Corte Edu che abbia accertato l'assenza di equità del processo ex art. 6 CEDU.

Il giudice remittente aveva sollevato la questione in relazione ai parametri costituzionali degli articoli 3-10 e 27 Cost., al fine di estendere l'ipotesi della violazione dei principi CEDU al caso specifico della revisione prevista dall'art. 630, co.1, lett. a) c.p.p.

Secondo la Corte, nessuno tra i parametri evocati era pertinente.

Quanto all'art. 3 Cost. e alla presunta violazione del principio di eguaglianza, è bene rilevare che presupposto del rispetto di tale principio è la presenza di due situazioni identiche ma disciplinate diversamente. Al contrario, la Corte constata l'eterogeneità della situazione descritta dal citato art. 630, co. 1, lett. a), c.p.p. rispetto a quella posta a raffronto⁶⁸. Invero, la prima annovera tra i casi di revisione l'inconciliabilità tra sentenze irrevocabili per l'oggettiva incompatibilità tra i fatti (apprezzati nella loro dimensione storico-naturalistica) posti alla base delle decisioni⁶⁹. Al contrario, il caso sottoposto all'esame della Corte, ovvero la violazione dei principi di equità processuale, impone una *revisione* processuale per la contraddittorietà logica insita nella valutazione effettuata dal giudice interno e quella compiuta a livello sovranazionale.

Quanto alla funzione rieducativa della pena ex art. 27 Cost., la non pertinenza di tale parametro si rinviene nel fatto che tale principio non può essere in alcun modo confuso con il principio di equità processuale. Invero, ove "si assegnasse alle regole del giusto processo una funzione strumentale alla rieducazione, si assisterebbe ad una paradossale eterogeneità dei fini, che vanificherebbe la stessa presunzione di non colpevolezza"⁷⁰. Anche perché, prosegue la Corte, "giusto processo" e "giusta pena" non possono essere tra

⁶⁷ Corte costituzionale, sentenza del 30 aprile 2008, n. 129.

⁶⁸ Par. 4.1.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Par. 4.3.

loro confusi, “se non a prezzo (...) di una inaccettabile trasfigurazione dello “strumento” (il processo) nel “fine” cui esso tende (la sentenza irrevocabile e la pena che da essa può conseguire)”⁷¹.

Infine, per quanto di nostro interesse nei rapporti tra ordinamenti, il giudice *a quo*, ha invocato il parametro costituzionale dell’art. 10 Cost., sostenendo la presunta violazione di esso da parte dell’art. 630, co.1, lett. a) c.p.p. In buona sostanza, il giudice remittente aveva affermato che le norme della CEDU e le garanzie in essa enunciate sono “effettivamente riprodotte di analoghe *norme consuetudinarie* esistenti nella Comunità internazionale”. Tra tali garanzie dovrebbe annoverarsi anche il principio di presunzione di innocenza, “che si sostanzia nel diritto alla revisione di una condanna pronunciata in violazione delle garanzie dell’equo processo”. Per tali ragioni, viene invocato il parametro dell’art. 10 Cost. La Corte costituzionale, tuttavia, ritiene infondato tale assunto, atteso che “la norma invocata dal remittente (l’art. 6 CEDU), in quanto pattizia e non avente la natura richiesta dall’art. 10 Cost., esula dal campo di applicazione di quest’ultimo”⁷². Ne consegue che non è idonea ad integrare tale parametro di legittimità costituzionale.

Inoltre, osserva che la salvaguarda del principio di presunzione di non colpevolezza è cosa ben diversa dall’esigenza di dover preservare il valore del giudicato⁷³. Invero, la presunzione di innocenza deve essere garantita all’imputato per tutta la durata del processo, senza che questo debba essere necessariamente salvaguardato allorché il processo è giunto al proprio epilogo,

⁷¹ Par. 4.3.

⁷² Par. 4.2. In senso critico si veda S. DORIGO E P. PUSTORINO, *Diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e revisione dei processi penali: la Corte Costituzionale e il caso Dorigo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2009, p. 91, secondo cui la Corte avrebbe potuto approfondire quanto già affermato nella sua precedente giurisprudenza in ordine al parametro di cui all’art. 10 Cost. Ovvero che ove le norme convenzionali riproducano una consuetudine già esistente possono rilevare ai fini dell’applicazione dell’art. 10, co.1, Cost. (sentenza n. 349/2007). Invero, la Corte “si è limitata ad affermare la natura unicamente pattizia dell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti umani, senza invece compiere un esame della prassi internazionale rilevante al fine di accertare il carattere consuetudinario della norma in esame”. L’A. parla a tal proposito di un “evidente vizio di metodo”, posto che è compito dei giudici interni ricostruire il contenuto delle “norme del diritto internazionale generalmente riconosciute” attraverso “un esame della prassi e dei principali strumenti internazionali multilaterali che contemplano il diritto dell’imputato a una tutela giurisdizionale effettiva”.

⁷³ *Ibidem*.

con una statuizione di responsabilità irrevocabile⁷⁴. Ne consegue, dunque, che la presunzione di innocenza “non ha nulla a che vedere con i rimedi straordinari destinati a purgare gli eventuali *errores, in procedendo o in iudicando* che siano”⁷⁵. Tra tali rimedi, inoltre, può invocarsi la revisione del processo alla luce di fatti nuovi. Non anche la celebrazione *ex novo* di un processo che si presume iniquo⁷⁶.

In conclusione, la Corte constata che diverse sono “le soluzioni suscettibili di prospettarsi con riferimento alla questione di legittimità costituzionale” ad essa proposta e che al contempo essa necessita di “un intervento normativo di sistema”⁷⁷. Motivo per cui dopo diverse proposte parlamentari, il Governo ha presentato un disegno di legge⁷⁸ per porre fine alle censure mosse dal Comitato dei Ministri al sistema italiano. È bene, tuttavia, precisare che la Corte richiama tali proposte legislative al fine di sottolineare come anche il legislatore volesse tenere distinto tale rimedio di “revisione speciale delle sentenze” rispetto a quello di revisione di cui agli articoli 629 e ss c.p.p.⁷⁹. Ciò in ragione della “straordinarietà” del rimedio che giustifica la “non automaticità della rinnovazione dell’intero processo (...) quando vi sia stata una pronuncia della Corte di Strasburgo che abbia riconosciuto la cosiddetta iniquità del processo celebrato in Italia”⁸⁰.

Ciò posto, la Corte pur constatando l’infondatezza della questione in relazione ai parametri di costituzionalità richiamati, rivolge al legislatore un “pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei per adeguarsi alle sentenze della Corte Edu”⁸¹.

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ Par. 6.

⁷⁸ Disegno di legge del 18 settembre 2007, n. 1797, recante “Disposizioni in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”. Tale disegno di legge proponeva la introduzione di un Titolo IV-bis nel libro IX del codice di procedura penale, destinato a disciplinare una ipotesi di revisione “speciale” delle sentenze di condanna, «quando la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato con sentenza definitiva la violazione di taluna delle disposizioni di cui all'articolo 6, paragrafo 3, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848».

⁷⁹ Par. 6.

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ Par. 7.

Con la sentenza in parola, dunque, la Corte decide di non intervenire nel “dialogo” con la Corte di Strasburgo e di lasciare al legislatore il compito di predisporre adeguati rimedi⁸².

Tuttavia, è bene precisare che tale sentenza giunge a un risultato per certi versi paradossale. Da un lato, la sentenza di condanna pronunciata nei confronti del condannato Dorigo non è esecutiva, posto che la Commissione europea aveva riconosciuto il suo diritto alla rinnovazione del processo. Al contempo, però, lo strumento della revisione del processo non è utilizzabile a causa della declaratoria di infondatezza della questione ad opera della Corte costituzionale. Ne consegue, quindi, che “al condannato con sentenza passata in giudicato, (...), viene garantita una impunità di fatto”⁸³.

B.2. La sentenza n.113/2011 trova un meccanismo per adeguare l'ordinamento italiano dopo aver constatato la persistente assenza dell'intervento del legislatore.

Con la sentenza in parola⁸⁴, la Corte costituzionale, interviene per sopperire alla costante inerzia del legislatore nel dare esecuzione alle sentenze della Corte

⁸² La soluzione a cui giunge la Corte costituzionale viene criticata da A. CIAMPI, *Processo non equo secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo e rinnovazione del giudizio secondo la corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3/2008, pp. 793 e ss. Secondo l'A. l'assenza, nell'ordinamento nazionale, di uno strumento idoneo a consentire la rinnovazione del processo si tradurrebbe “in una rinuncia dello Stato al trattamento punitivo: ponendo nel nulla i risultati del processo senza possibilità di una sua riapertura, si vanifica sostanzialmente l'esercizio della potestà punitiva dello Stato”. In senso analogo F. CRISAFULLI, *Interventi per eseguire le sentenze della CEDU senza annullare il lavoro di giudici e inquirenti*, in *Guida al diritto, Diritto comunitario e internazionale*, n.2/2007, pp. 8 e ss. secondo cui, “le decisioni che dichiarano, in tutto o in parte, ineseguibile un giudicato neppure soddisfano le esigenze della Convenzione poiché non consentono all'imputato, in ipotesi innocente, di venire formalmente assolto dall'ingiusta accusa”.

⁸³ A. ATTERITANO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e riapertura del processo: la giurisprudenza italiana non colma la lacuna normativa e garantisce l'impunità del condannato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 665 e ss. L'A., invero, sottolinea che tale impunità non è mai stata accertata tantomeno dalla Commissione europea del 1998 la quale ha solo constatato la violazione di talune garanzie processuali senza mai accertare l'innocenza dell'imputato. In senso analogo N. PLASTINA, *Caso Dorigo: la Cassazione ritorna sui rapporti tra giudicato penale interno e sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – Aspettando la Consulta e (forse) il Parlamento*, in *Diritti dell'Uomo*, n. 1/2007, pp. 41-48, secondo cui gli esiti della vicenda hanno portato a una rinuncia all'accertamento della verità e a “un diniego di giustizia per le vittime”.

⁸⁴ Corte costituzionale, sentenza del 7 aprile del 2011, n. 113.

Edu. Dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza di condanna al fine di consentire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Edu. Con tale intervento, dunque, la Corte interviene nel "dialogo" tra legislatore italiano e Corte Edu, al fine di ovviare alla prolungata inerzia legislativa e conformare l'ordinamento al sistema CEDU.

Tale sentenza rileva sotto due distinti profili. In primo luogo, in merito al parametro costituzionale mediante il quale viene risolta la questione di legittimità. In secondo luogo, per il tipo di pronuncia, atteso che dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., la Corte costituzionale si adegua ai *dicta* di Strasburgo.

Quanto al primo profilo, la questione viene proposta in riferimento al "diverso e più appropriato parametro" dell'art. 117, co.1, Cost.⁸⁵ e viene risolta, dunque, unicamente alla luce di tale parametro e del parametro convenzionale (l'art.6 CEDU).

Per quanto concerne l'obbligo di adeguarsi alle sentenze della Corte Edu, la Corte Costituzionale richiama l'art. 46 CEDU che obbliga gli Stati contraenti a conformarsi alle sentenze definitive di cui sono parte⁸⁶. In particolare, ricorda l'importanza centrale nel sistema europeo della norma in parola, atteso che la tutela dei diritti e delle libertà discendenti dalla Convenzione, dipende dall'interpretazione che di essi viene data dalla Corte Edu⁸⁷.

A tal proposito, ricorda quale sia il contenuto dell'obbligo di conformarsi alle sentenze di Strasburgo. Dal combinato disposto degli articoli 41 e 46 CEDU, si desume che lo Stato convenuto è tenuto versare agli Stati interessati non solo somme di denaro a titolo di equa soddisfazione bensì anche adottare tutte le misure generali e/o individuali necessarie⁸⁸. Infatti, è oramai consolidata la giurisprudenza della Corte Edu⁸⁹ che ritiene di per sé sufficiente

⁸⁵ Par. 8. La Corte ripercorre le motivazioni delle sentenze nn. 348-349/2007, nelle quali ha individuato il fondamento costituzionale della CEDU nell'art. 117 Cost.

⁸⁶ Par. 4.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Grande Camera, sentenza del 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, ric. n. 10249/03, par. 147; Sejdicovic c. Italia, par. 119, già cit.

il versamento di una somma di denaro a titolo di indennizzo unicamente ove la violazione non possa essere cancellata. Poiché, dunque, la *ratio* di tale misura è tipicamente risarcitoria, è necessario che la vittima sia ristorata della violazione subita con misure di natura e finalità differenti.

Nel caso di acclarata violazione dei principi dell'equo processo, la Corte costituzionale osserva che una misura di carattere patrimoniale non è di per sé sufficiente a garantire il rispetto di tali principi in capo alla vittima. Per tali ragioni, ricorda che la Corte Edu, con riguardo alle infrazioni relative allo svolgimento del processo, ha identificato nella *riapertura del processo* la misura più idonea a garantire una *restitutio in integrum*⁹⁰.

A questo punto della sentenza, la Corte osserva che le sentenze della Corte Edu, si pronunciano, in via di principio, su vicende già definite a livello interno con decisione irrevocabile, atteso che il presupposto del ricorso alla Corte è il previo esaurimento dei ricorsi interni (art. 35, par. 1, CEDU)⁹¹. Sicché l'adozione di una misura ripristinatoria, consistente nella riapertura del processo, implica necessariamente il travolgimento del giudicato interno.

In buona sostanza, al fine di garantire il rispetto del processo equo ex art. 6 CEDU, è necessario che il soggetto condannato con sentenza divenuta definitiva, sia giudicato in un nuovo procedimento, purché equo.

La Corte rammenta che l'ordinamento italiano è stato censurato a più riprese⁹² a causa dell'inadempimento dell'obbligo di rimuovere le conseguenze derivanti dalla violazione del canone convenzionale del processo equo. Precisamente, per la mancata predisposizione di un apposito rimedio idoneo a consentire la riapertura del processo⁹³. A nulla rileva che sulla vicenda oggetto del presente giudizio non si fosse mai pronunciata la Corte Edu. Sul punto,

sub-nota 59; Grande Camera, sentenza del 8 aprile 2004, Assanidzé c. Georgia, ric. n. 71503/01, par.198.

⁹⁰ Par. 4. A tal proposito, la Corte costituzionale richiama le indicazioni offerte dal Comitato dei ministri (Raccomandazione del 19 gennaio 2000) con la quale "sono state invitate le parti contraenti a esaminare i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali allo scopo di assicurare che esistano adeguate possibilità di riesame, ove la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione".

⁹¹ Par. 5.

⁹² Comitato dei ministri con le risoluzioni interinali del 19 febbraio 2002, n. 30, del 10 febbraio 2004, n. 13 e del 12 ottobre 2005, n.85; Risoluzione finale del 19 febbraio 2007, n. 83. Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (si veda, tra le altre, la Risoluzione del 2 ottobre 2006, n. 1516).

⁹³ Par. 6.

invero, vi è un rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo che è stato poi recepito dal Comitato dei ministri. E la Corte precisa che tale "(...) circostanza non influisce sulla rilevanza della questione, giacché in forza dell'originario art. 32, par. 4 della CEDU, le decisioni del Comitato dei ministri erano vincolanti per gli Stati contraenti allo stesso modo delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo"⁹⁴.

Ciò posto, la Corte passa in rassegna le diverse soluzioni ermeneutiche sperimentate dalla giurisprudenza nazionale e intese a salvaguardare i diritti riconosciuti dalla CEDU, ancorché, a parere della Corte si rilevino tutte "inidonee alla piena realizzazione dell'obiettivo"⁹⁵.

Tra esse, l'art. 625 *bis* c.p.p., mezzo straordinario per impugnare i provvedimenti della Corte di cassazione viziati da errore materiale o di fatto. Tale disposizione, utilizzata in via analogica, da parte della giurisprudenza di legittimità, non è rimedio idoneo a ovviare alle acclamate violazioni della CEDU. Infatti, vi osta l'ambito oggettivo di applicazione della norma: l'errore di fatto o di diritto deve attenersi al giudizio dinanzi alla Corte di cassazione⁹⁶.

La giurisprudenza di legittimità ha fatto ricorso altresì all'art. 175, co.2, c.p.p., che disciplina l'istituto della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione. Tale istituto, tuttavia, è stato utilizzato per porre rimedio a quelle violazioni della CEDU per il processo svoltosi in contumacia⁹⁷. Pertanto, anche tale rimedio non è applicabile al caso di specie.

La Corte, inoltre, ritiene che non sia applicabile tantomeno l'art. 670 c.p.p. che disciplina l'incidente di esecuzione. Mediante, tale rimedio, infatti, l'unico effetto sarebbe la declaratoria di ineseguità del giudicato, poiché formatosi in violazione dei principi CEDU. Tuttavia, una volta dichiarato il giudicato ineseguitabile, il legislatore non ha previsto alcun rimedio diretto a instaurare un nuovo processo. Tale rimedio, infatti, "congela il giudicato, impedendone l'esecuzione, ma non lo elimina, collocandolo a tempo indeterminato in una sorta di limbo processuale e non consentendo così il recupero delle garanzie assicurate dalla CEDU"⁹⁸.

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ Par. 5.

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ *Ibidem.*

A questo punto, la Corte analizza il rimedio disciplinato dall'art. 630 c.p.p., norma richiamata dal giudice *a quo* e in relazione alla quale è stata chiamata ad effettuare l'intervento additivo.

La norma in parola disciplina, in ipotesi tassative, i casi di revisione del processo, come mezzo di impugnazione straordinaria nei casi di erroneo apprezzamento da parte del giudice del fatto storico-naturalistico. La *ratio*, infatti, è quella di “comporre il dissidio tra la *verità processuale*, consacrata dal giudicato, e la *verità storica*, risultante da elementi fattuali “esterni” al giudicato stesso”⁹⁹.

La Corte è consapevole che la riapertura del processo come misura per ovviare alla violazione dei canoni del processo equo, non possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 630 c.p.p. per diverse ragioni¹⁰⁰. In primo luogo, vi osta il dato letterale, in quanto tra i casi espressamente disciplinati dal legislatore, tale ipotesi non è menzionata. Inoltre, l'art. 630 c.p.p. impone la riapertura del processo per *fatti esterni* al giudicato. Al contrario, nel caso di accertamento della violazione dell'art. 6 CEDU, si tratta di porre rimedio a un vizio interno al processo, ovvero il difetto di equità. Infine, la revisione del processo, quale mezzo di impugnazione straordinario è strutturata in funzione del solo proscioglimento della persona già condannata. Diversamente, la riapertura del processo con svolgimento di un processo secondo i canoni di equità, non necessariamente potrà condurre ad una sentenza di proscioglimento, potendosi ben concludere con una sentenza di condanna¹⁰¹.

Per le ragioni sopra esposte, la Corte esclude che possa essere utilizzato il rimedio di cui all'art. 630 c.p.p. al fine di ottemperare alla giurisprudenza europea e garantire un'adeguata tutela ai diritti dell'imputato. Tuttavia, è consapevole che l'istituto in parola, costituisce, fra quelli esistenti ed esaminati, quello che presenta profili di maggiore comunanza con il rimedio necessario per dare esecuzione alle sentenze della Corte Edu¹⁰². Invero, nonostante le diversità evidenti tra i due rimedi, la Corte ritiene necessario il suo intervento, atteso che è tenuta a porre rimedio al *vulnus* costituzionale, non sanabile in via

⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰² *Ibidem.*

interpretativa e coinvolgente i diritti fondamentali¹⁰³. Ritiene irrilevante, quindi, l'assenza di una disciplina che regoli i rapporti conseguenti alla declaratoria di illegittimità costituzionale. Spetterà, invero, ai “giudici comuni individuare i necessari corollari sul piano applicativo e al legislatore disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che necessitano di apposita regolamentazione”¹⁰⁴.

Ne consegue che l'art. 630 c.p.p. deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non contempla un “diverso” caso di revisione, rispetto a quelli regolati, volto specificamente a consentire la riapertura del processo¹⁰⁵. Riapertura necessaria ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Edu¹⁰⁶.

Ovviamente, la necessità della riapertura del processo, andrà apprezzata considerando “la natura oggettiva della violazione accertata e le indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta”¹⁰⁷.

Ad ogni modo, al fine di superare le divergenze tra la disciplina della revisione ex art. 630 c.p.p. e la riapertura del processo, la Corte afferma che sarà compito del giudice di merito valutarne la compatibilità in relazione al caso concreto¹⁰⁸. Cosicché, ad esempio, sarà incompatibile con la riapertura del processo, e quindi inapplicabile, la disposizione che preordina il giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato¹⁰⁹. La possibilità, dunque, di derogare alla disciplina prevista per la revisione del processo ex art. 630 c.p.p. nei casi di riapertura dello stesso per accertata violazione della CEDU, si giustifica proprio al fine di rispettare gli obblighi internazionali¹¹⁰.

In conclusione, è bene rilevare che, al fine di ovviare all'inerzia del legislatore e alla mancanza di un apposito rimedio nell'ordinamento interno, la Corte è intervenuta con una sentenza di tipo additivo. Invero, la Corte supera il principio secondo cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato, ostando a una loro revisione l'intangibilità dello stesso. Poiché l'art. 630 c.p.p., così

¹⁰³ *Ibidem.*

¹⁰⁴ Par. 8.

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ *Ibidem.*

¹⁰⁹ *Ibidem.*

¹¹⁰ *Ibidem.*

come formulato, determinava un *vulnus* costituzionale attinente ai diritti fondamentali non sanabile in via interpretativa, era necessario porvi rimedio. Con tale pronuncia, dunque, la Corte costituzionale, consente la rinnovazione del processo per il ricorrente che viene posto nella situazione in cui si sarebbe trovato se la violazione della Convenzione non fosse avvenuta. In buona sostanza viene riconosciuta la possibilità che il ricorrente venga giudicato nel rispetto delle garanzie di un processo equo e quindi nel rispetto del principio del contraddittorio, principio che nel caso di specie era stato violato.

Ciò nonostante, la Corte osserva che tale pronuncia non osta a che il legislatore disciplini diversamente la questione e individui i limiti e i modi mediante i quali valorizzare le indicazioni della Raccomandazione R(2000)2 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa¹¹¹.

¹¹¹ Par. 8.

CAPITOLO 3

IL CASO DELLE “PENSIONI SVIZZERE”

SOMMARIO: 1. Leggi di interpretazione autentica e motivi imperativi di interesse generale. – A. La giurisprudenza della Corte Edu. – A.1. Sentenza Maggio e altri c. Italia. – A.2. Sentenza Stefanetti e altri c. Italia. – B. La giurisprudenza della Corte costituzionale. – B.1. La sentenza n.172/2008. – B.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 264/2012: valutazione sistemica e non frazionata nella tutela dei diritti fondamentali. – B.3. Una nuova ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale.

1. Leggi d’interpretazione autentica e motivi imperativi di interesse generale.

La vicenda ha per oggetto la tematica relativa al sindacato sulle c.d. leggi di interpretazione autentica e la loro portata retroattiva, tale da incidere su controversie già pendenti, in cui lo Stato è parte.

La questione trae origine dal diverso trattamento pensionistico riservato ai lavoratori che hanno prestato servizio in Svizzera e derivante dall’entrata in vigore di un DPR del 1968¹¹² con il quale è stato modificato il sistema pensionistico da “contributivo” in “retributivo”.

A seguito dell’entrata in vigore del DPR, si era sviluppato un orientamento giurisprudenziale¹¹³ secondo cui, in forza dell’ Accordo Italo-svizzero¹¹⁴ il lavoratore italiano, che chiedeva il riconoscimento del lavoro svolto in Svizzera con il successivo trasferimento dei contributi ivi versati, aveva diritto di ottenere che la pensione venisse calcolata sulla base della retribuzione effettivamente percepita in Svizzera. Ciò, nonostante i contributi accreditati fossero stati

¹¹² Decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1968, n. 488 “Aumento e nuovo sistema di calcolo delle pensioni a carico dell’assicurazione generale obbligatoria”. L’art. 5, co.2 sostanzialmente prevede che la retribuzione percepita all’estero, da porre a base del calcolo della pensione, debba essere riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati nel nostro Paese nel medesimo periodo.

¹¹³ Corte di cassazione n. 7455 del 2005, n. 4623 e n. 20731 del 2004.

¹¹⁴ Accordo aggiuntivo alla Convenzione tra l’Italia e la Svizzera relativo alla sicurezza sociale del 14 dicembre 1962, concluso a Berna il 4 luglio 1969 e ratificato con legge 18 maggio 1973, n. 283. Tale Convenzione disciplina il regime dei contributi versati in Svizzera e trasferiti in Italia.

versati secondo l'aliquota prevista dalla legge elvetica e tale aliquota fosse inferiore a quella versata in Italia.

Sul punto è intervenuta la legge 296/2006¹¹⁵, che nel fornire l'interpretazione autentica dell'art.5 del DPR del 1968 prevedeva che la retribuzione percepita all'estero, che deve essere posta a base del calcolo pensionistico, debba essere ricalcolata tenendo conto dello stesso rapporto percentuale tra i contributi versati e la retribuzione percepita in vigore in Italia.

Sulla vicenda si è pronunciata dapprima la Corte Costituzionale¹¹⁶, successivamente la Corte Edu, con la sentenza *Maggio e altri c. Italia*¹¹⁷, solo poi la Corte costituzionale con la sentenza n.264/2012¹¹⁸ e da ultimo è stata adita nuovamente la Corte Edu con il caso *Stefanetti*¹¹⁹.

A. La giurisprudenza della Corte EDU

A.1. Sentenza *Maggio e altri c. Italia*.

La Corte Edu viene investita del ricorso ex art. 35 CEDU e con la sentenza *Maggio e altri c. Italia*, si pronuncia sulla compatibilità della legge 296/2006¹²⁰ con il diritto ad un processo equo di cui all'art. 6 CEDU, con il principio di non discriminazione di cui all'art. 14 e con l'art. 1 Protocollo 1 CEDU.

In primo luogo i ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 6 CEDU ovvero del diritto a un equo processo, atteso che il legislatore era intervenuto, con la legge oggetto di censura, giustificata da motivi di natura finanziaria, in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato. Pertanto la legge in parola applicava nuove regole a situazioni che erano sorte prima della sua entrata in vigore e che avevano già dato luogo ad azioni in giudizi ancora pendenti, producendo così un effetto retroattivo¹²¹.

¹¹⁵ Legge 27 dicembre 2006 n. 296, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, entrata in vigore il 1° gennaio 2007.

¹¹⁶ Corte costituzionale, sentenza del 23 maggio 2008, n.172.

¹¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 31 maggio 2011, *Maggio e altri c. Italia*, ric. n. 46286/09.

¹¹⁸ Corte costituzionale, sentenza del 28 novembre 2012, n. 264.

¹¹⁹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza 15 aprile 2014, *Stefanetti e altri c. Italia*, ric. n. 21838/10.

¹²⁰ Legge definitiva di interpretazione autentica con efficacia retroattiva.

¹²¹ Par. 38-40. Di conseguenza i ricorrenti, quali titolari di diritti pensionistici, sostengono di essere stati privati di una parte delle loro pensioni.

In senso contrario il Governo italiano, che in linea con la sentenza della Corte costituzionale n. 172 del 2008¹²², ha affermato che l'intervento legislativo fosse uno strumento necessario al fine di eliminare disparità di trattamento tra i lavoratori - contribuenti in Svizzera e coloro che avevano lavorato e versato contributi (nettamente superiori) in Italia. Pertanto, l'adozione della legge 296/2006 da parte del legislatore si giustificerebbe, non tanto esclusivamente per motivi impellenti di natura finanziaria, quanto per provvedere a "un'equa distribuzione delle risorse collettive"¹²³.

Oggetto del giudizio dinanzi alla Corte, dunque, è la compatibilità della legge 296/2006 con la CEDU.

Per quanto concerne la questione relativa alla violazione dell'art. 6 CEDU, le argomentazioni principali sviluppate dalla Corte si incentrano sulla valutazione dei motivi che giustificano un intervento retroattivo del legislatore, in materie diverse da quella penale.

È bene ricordare che il *principio di irretroattività della legge*, sia civile che penale, è stato ricondotto dalla giurisprudenza di Strasburgo nell'ambito dell'art. 6 CEDU che sancisce il diritto a un equo processo. È dunque la nozione di equo processo e dei suoi corollari, quali lo stato di diritto e il principio di parità delle armi, che preclude al legislatore di intervenire retroattivamente, sì da influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia in corso. Come è noto, la Corte ha da sempre manifestato una particolare attenzione a che la tutela di diritti soggettivi in campo economico-sociale sia effettiva e "non risulti in alcun modo vanificata da un intervento retroattivo del legislatore"¹²⁴. Infatti, nonostante la Corte non abbia una competenza specifica e diretta in materie economico-sociali, un suo intervento sul punto è giustificato dall'esigenza di evitare ingiustificate violazioni dell'art. 6, par. 1, CEDU. Il legislatore nazionale, dunque, può intervenire con leggi retroattive, destinate a disciplinare diritti derivanti da leggi già in vigore, solo

¹²² Per approfondimenti si veda *infra* par. B, B.1.

¹²³ Par. 41. In particolare il Governo italiano sostiene che "la sua promulgazione era stata ragionevole, dato che la disposizione mirava a rafforzare un'interpretazione già applicata dall'INPS e confermata da una giurisprudenza minoritaria che aveva reso possibile l'attribuzione dello stesso valore a periodi lavorativi svolti in Italia o all'estero".

¹²⁴ C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 789.

per *motivi di interesse generale*. Pertanto, le conseguenze che l'interferenza del legislatore comporta, potranno giustificarsi solo a fronte dell'*interesse generale* di uno Stato necessariamente qualificato come *impellente*.

La Corte Edu constata che la legge 296/2006 emanata dal legislatore nazionale, ancorché interpretativa, fosse innovativa¹²⁵, atteso che non vi era stato alcun contrasto di giurisprudenza da sanare mediante una legge d'interpretazione. Al contrario nel tempo si era formato un orientamento univoco e ben consolidato¹²⁶.

Pertanto, posto che un intervento retroattivo del legislatore è giustificato solo ove si è in presenza di una legge di interpretazione autentica, altrimenti sono necessari impellenti *motivi di interesse generale*, la Corte afferma che, nel caso di specie, è necessario determinare l'"impellenza" dell'interferenza del legislatore¹²⁷. Invero, esiste un "consenso europeo" sul concetto di equo processo tale per cui "(...) qualsiasi motivazione adottata per giustificare tale misura sia trattata con il massimo grado di circospezione possibile"¹²⁸. Da tale affermazione si desume immediatamente che la valutazione "europea" dei *motivi imperativi di interesse generale* è alquanto restrittiva al punto da porre un limite "al margine di apprezzamento" dello Stato italiano nella definizione dei motivi d'interesse generale¹²⁹ e da escludere che motivazioni di natura meramente finanziaria possano giustificare un'interferenza legislativa¹³⁰.

¹²⁵ Par. 44: "la legge 296/2006 (...) ha determinato una volta per tutte retroattivamente i termini delle controversie pendenti dinanzi ai tribunali ordinari. Perciò, la legge aveva avuto l'effetto di modificare definitivamente l'esito del giudizio pendente, nel quale lo Stato era parte, avallando la posizione dello Stato a svantaggio dei ricorrenti".

¹²⁶ Par. 34: "L'orientamento consolidatosi è quello secondo il quale il lavoratore italiano poteva chiedere il trasferimento all'*INPS* dei contributi versati in Svizzera a suo favore con il metodo retributivo, in base al salario percepito in Svizzera, a prescindere dal fatto che i contributi trasferiti erano stati versati con un'aliquota Svizzera molto inferiore".

¹²⁷ Par. 45.

¹²⁸ *Ibidem*. In particolare poi, si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 dicembre 1994, *Stran Greek Refineries c. Greece*, ric. n. 13427/87, "the principle of the rule of law and the notion of fair trial enshrined in Article 6 preclude any interference by the legislature with the administration of justice designed to influence the judicial determination of the dispute".

¹²⁹ Par. 43. Si vedano *ex multis* le sentenze del 23 ottobre 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, ricorsi nn. 21319/93, 21449/93, 21675/93, par. 112; *Grande Camera*, del 28 ottobre 1999, *Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia*, ricorsi nn. 24846/94, 34165/96, 34173/96, par. 57.

¹³⁰ Per un'analisi esaustiva della dottrina del "margine di apprezzamento" si rinvia a Parte I, cap. 2. Ad ogni modo è bene ricordare che mediante il ricorso al "margine di

Tutto ciò significa che, “una volta che sia stata accertata una violazione, lo Stato soccombente non ha più alcun margine di apprezzamento da far valere agli occhi della Corte, se non forse sulle concrete modalità con le quali eseguire la sentenza medesima”¹³¹.

Ciò posto, la Corte interviene per definire la portata dei *motivi imperativi di interesse generale* osservando che, secondo la propria costante giurisprudenza¹³² le considerazioni finanziarie non possono, da sole, autorizzare il potere legislativo a sostituirsi al giudice nella definizione delle controversie. In particolare, non vi rientrano misure di tipo finanziario o di contenimento della spesa pubblica né tantomeno quelle misure che richiedono un intervento statale d’ingerenza nel godimento di determinati diritti¹³³. Al contrario, nel caso oggetto di censura, l’intervento retroattivo del legislatore nazionale si fondava proprio su motivi di carattere finanziario. La Corte Edu, infatti, osserva che, dopo il 1982, l’INPS ha applicato un’interpretazione della legge allora in vigore che gli era particolarmente favorevole¹³⁴. Sicché non riesce a immaginare “in quale modo il fine di rafforzare un’interpretazione soggettiva e parziale, favorevole a un ente dello Stato, parte nel procedimento, possa costituire una giustificazione dell’ingerenza legislativa mentre il procedimento era pendente (...)”¹³⁵.

In primo luogo, la Corte Edu osserva che la legge oggetto di censura è stata necessaria “per ristabilire un equilibrio nel sistema pensionistico eliminando qualsiasi vantaggio goduto dalle persone che avevano lavorato in Svizzera e versato contributi inferiori”¹³⁶. Ciò nonostante, pur accettando che ciò

apprezzamento” la Corte Edu rimette ai singoli Stati aderenti la competenza a effettuare il bilanciamento tra interessi in gioco, in ragione della “better position” nella quale ogni singolo Stato si trova. Trattasi, dunque, di una sorta di “autolimitazione” alla competenza della Corte Edu che, tuttavia, non esclude un intervento della Corte medesima ove accerti una violazione della CEDU nel bilanciamento di interessi compiuto dal singolo Stato.

¹³¹ F.VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra “guerra” e “dialogo”*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014, (online).

¹³² Si vedano sentenza del 29 marzo 2006, Grande Camera, Scordino c. Italia, ric. n. 36813/97, par. 132, e sentenza dell’11 aprile 2006, Cabourdin c. Francia, par. 37, ric. n. 60796/00.

¹³³ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 20 febbraio 2003, Forrer-Niedenthal c. Germania, ric. n. 47316/99, par. 64 e 65.

¹³⁴ Par. 48.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Par. 49.

costituisse un motivo di interesse generale, la Corte “non è convinta che esso fosse *sufficientemente impellente* da prevalere sui pericoli inerenti all’utilizzo di una normativa retroattiva, che ha l’effetto di influenzare la definizione giudiziaria di una controversia pendente in cui lo Stato sia parte”¹³⁷.

In conclusione, dunque, la Corte constata la violazione dell’art. 6, par. 1 CEDU, da parte dello Stato italiano, atteso che la finalità della legge censurata era quella di “garantire che l’esito del procedimento in cui esso era parte, gli fosse favorevole”¹³⁸. La legge d’interpretazione autentica, dunque, è contraria agli obblighi gravanti sullo Stato italiano in forza dell’art. 6 CEDU.

Per quanto concerne, invece, le censure relative alla disparità di trattamento tra lavoratori (art. 14 CEDU in connessione con l’art. 6) e inerenti alla tutela dei beni di cui i ricorrenti assumono essere stati privati (art. 1, Protocollo n.1), la Corte Edu osserva che queste rientrano nel “margine di apprezzamento” dello Stato italiano.

In via preliminare, la Corte osserva che “nel caso di specie trova applicazione l’Articolo 6 e ciò è sufficiente per affermare che anche l’Articolo 14 è applicabile”¹³⁹. Prosegue poi nel delineare l’ambito di applicazione della norma in parola, osservando che si è in presenza di una discriminazione vietata dalla Convenzione se la disparità di trattamento non sia ragionevole e obiettiva. In buona sostanza l’art. 14 CEDU trova applicazione in tutti quei casi in cui la disparità di trattamento “non persegue un fine legittimo oppure se non esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito”¹⁴⁰. Ad ogni modo, rientra nel margine di apprezzamento di ciascuno Stato la possibilità di “valutare se e in che misura differenze in situazioni altrimenti simili giustifichino trattamenti differenti”¹⁴¹.

In merito alla constata violazione dell’art. 1, Protocollo n. 1, la Corte ricorda quali siano il contenuto e i limiti di operatività della norma in parola, diretta a tutelare il diritto di proprietà.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Par. 50.

¹³⁹ Par. 70.

¹⁴⁰ Par. 71.

¹⁴¹ *Ibidem*. Con riferimento al caso di specie, la Corte ribadisce che, “nel creare un regime di previdenza sociale, talvolta è necessario utilizzare delle soglie limite, che si applicano a vasti gruppi di persone e che possono, in una certa misura, sembrare arbitrarie (...)” (par. 73).

In primo luogo, la Corte chiarisce che il concetto di ‘bene’ comprende tanto i beni attuali che i valori patrimoniali, tra cui è necessario ricomprendere anche il diritto di credito¹⁴². Ne consegue che un “credito relativo a una pensione può costituire valore patrimoniale ai sensi dell’art. 1 Protocollo n.1”¹⁴³.

Ad ogni modo, un’ingerenza pubblica nel pacifico godimento dell’altrui diritto di proprietà è consentita se giustificata dalla sussistenza di un interesse pubblico. In ogni caso è imprescindibile che tale ingerenza sia legale e proporzionale al fine che con essa si intende perseguire¹⁴⁴. Tuttavia, la Corte osserva che “tenuto conto dell’ampio margine di discrezionalità dello Stato nel disciplinare il suo regime pensionistico e del fatto che il ricorrente ha perso solo una parte dell’ammontare della sua pensione, (...) il ricorrente non abbia dovuto sostenere un onere individuale ed eccessivo”¹⁴⁵.

In conclusione, è bene rilevare che con tale sentenza, la Corte Edu inaugura una serie di condanne dell’Italia per il ricorso, da parte del legislatore, a leggi d’interpretazione autentica oltre i limiti fissati in sede europea. Specificatamente, finisce con il far coincidere la prassi del legislatore con “un comportamento strutturale, connesso al normale svolgimento dell’attività legislativa”¹⁴⁶ che di fatto contrasta con valori fondamentali come la certezza del diritto, il legittimo affidamento e il principio del *neminem laedere*.

A.2. Sentenza Stefanetti e altri c. Italia.

Sulla questione è nuovamente intervenuta la Corte Edu, con la sentenza *Stefanetti e altri c. Italia*, le cui circostanze del caso di specie sono analoghe a quelle del caso *Maggio c. Italia*.

La Corte, nelle sue argomentazioni richiama ampiamente la sentenza della Corte costituzionale n. 264/2012¹⁴⁷, descrivendone il contenuto.

¹⁴² Par. 55.

¹⁴³ Par. 56.

¹⁴⁴ Par. 57.

¹⁴⁵ Par. 63.

¹⁴⁶ G.BRONZINI, *Il giudice di legittimità ed i limiti alla retroattività delle legge civile: tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo*, in *Incontro su “Norme retroattive e diritti socio-economici: il ruolo del legislatore nazionale e quello del giudice di legittimità e di merito”*, organizzato presso la Corte di Cassazione 23-29 ottobre 2014, ora (online).

¹⁴⁷ Paragrafi 22-26.

Prosegue, poi, riprendendo le considerazioni svolte nella causa *Maggio e altri c. Italia*¹⁴⁸ e conferma la violazione dell'art. 6 CEDU da parte dello Stato italiano.

Sul punto, però, la Corte afferma che la legge n. 296/2006 non mirava ad assicurare il rispetto della volontà originaria del legislatore e a coordinare l'applicazione della Convenzione italo-svizzera, così come sostenuto dal Governo italiano convenuto. Invero, l'intervento del legislatore era avvenuto a ben trent'anni di distanza dal primo intervento riformatore dell'82 e fino al 2006 non vi erano stati altri tentativi per correggere il sistema. La Corte Edu, quindi, ribadisce come la finalità di ristabilire un equilibrio pensionistico nel sistema nazionale "non fosse motivo sufficientemente impellente da prevalere sui pericoli inerenti all'utilizzo di una normativa retroattiva che incideva su una controversia pendente"¹⁴⁹. Così torna a ribadire l'illegittimità convenzionale della soluzione imposta dalla normativa italiana, che la Consulta, aveva giudicato immune da vizi costituzionali¹⁵⁰.

In particolare, la Corte Edu, in maniera alquanto sintetica, afferma che "malgrado la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, non esistevano impellenti motivi di interesse generale che giustificassero l'applicazione retroattiva della legge n. 296/2006, che non era un'interpretazione autentica dell'originaria legge ed era pertanto imprevedibile"¹⁵¹.

Con riferimento alla violazione dell'art. 1 Protocollo n.1 CEDU, la Corte prosegue richiamando il precedente *Maggio*, nel quale aveva escluso la violazione della norma in parola¹⁵². Tuttavia, il caso di specie impone la rivalutazione della censura, atteso che "la contribuzione versata in Svizzera dai ricorrenti era di importo considerevole (...), le riduzioni hanno inciso sullo stile

¹⁴⁸ Par. 39: "Il rispetto per lo stato di diritto e la nozione di equo processo impongono che qualsiasi motivazione addotta per giustificare tale misura sia trattata con il massimo grado di circospezione possibile. (...) La Corte ha precedentemente ritenuto che le considerazioni finanziarie non possono, da sole, autorizzare il potere legislativo a sostituirsi al giudice nella definizione delle controversie".

La Corte prosegue ricordando che l'interpretazione della legge in parola, compiuta dall'INPS, contrastava con quella fornita dalla giurisprudenza fino ad allora prevalente. Sicché si era al cospetto di un'interpretazione soggettiva e favorevole a un ente dello Stato, parte nel procedimento, tale da non poter giustificare l'ingerenza del legislatore.

¹⁴⁹ Par. 43.

¹⁵⁰ Si veda *infra* par. B. per un'analisi della sentenza della Corte costituzionale.

¹⁵¹ Par. 65.

¹⁵² Par. 55.

di vita dei ricorrenti e ne hanno ostacolato il godimento in modo sostanziale”¹⁵³. Ne consegue, secondo il giudizio della Corte, che i ricorrenti avevano subito un onere eccessivo in quanto le riduzioni non erano proporzionate¹⁵⁴. Conseguentemente non essendo stato trovato un giusto equilibrio, vi è stata violazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione¹⁵⁵.

B. La giurisprudenza della Corte costituzionale

B.1. La sentenza n.172/2008.

Con la sentenza n. 172/2008¹⁵⁶, la Corte si pronuncia per la prima volta sul caso delle pensioni svizzere. Viene sollevata questione di legittimità costituzionale della legge n.296/2006 in riferimento agli articoli 3-35-38 Costituzione atteso che, su parere dei giudici remittenti la legge contestata aveva introdotto nell’ordinamento un’interpretazione della disciplina applicabile in senso non favorevole ai lavoratori italiani che chiedevano il trasferimento in Italia dei contributi versati in Svizzera.

È bene rilevare che nel caso in esame il parametro dell’art. 117, co.1, Cost. non viene posto a fondamento dell’ordinanza di rimessione da parte del giudice *a quo*. La Corte, quindi, nel rigettare la questione utilizza unicamente parametri interni.

In primo luogo respinge il sospettato contrasto con l’art. 3 Cost. e quindi esclude che la disposizione impugnata sia affetta da irragionevolezza, atteso che trattasi di una legge d’interpretazione autentica, meramente ricognitiva di un significato già rientrante tra le possibili letture del testo. Non è stato leso l’affidamento del cittadino nel principio di certezza del diritto¹⁵⁷.

In secondo luogo esclude la violazione del principio di eguaglianza poiché la norma medesima faceva salvi i trattamenti pensionistici già liquidati, tutelando così i diritti già acquisiti dai lavoratori nel rispetto del principio del legittimo affidamento.

¹⁵³ Par. 61-64.

¹⁵⁴ Par. 66.

¹⁵⁵ Par. 67.

¹⁵⁶ Sentenza già cit. sub-nota 116.

¹⁵⁷ Par. 2.

Da ultimo esclude la violazione dell'art. 35 Cost., poiché la norma censurata non esponeva coloro che avevano prestato lavoro all'estero a un trattamento peggiore rispetto a coloro che lo avevano svolto in Italia, ma al contrario assicurava la razionalità del sistema previdenziale evitando disparità di trattamento¹⁵⁸.

B.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 264/2012: valutazione sistemica e non frazionata nella tutela dei diritti fondamentali.

Con la sentenza n.264/2012¹⁵⁹, la Corte Costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale della legge 296/2006¹⁶⁰, sollevata in riferimento agli articoli 3-35-38 e art. 117 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte Edu nella sentenza *Maggio c. Italia*.

La Corte Costituzionale nel ritenere non fondata la questione, ricorre al “margine di apprezzamento” ex art. 53 CEDU¹⁶¹, ripetutamente richiamato dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea.

La Corte re-interpreta la dottrina del margine di apprezzamento così modulando l'efficacia vincolante delle sentenze della Corte Edu, atteso che vi si discosta¹⁶². Invero, dopo aver ribadito che le norme CEDU integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, co. 1, Cost.¹⁶³, afferma che “essa è tenuta a valutare come e in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Sentenza già cit. sub-nota 118.

¹⁶⁰ Già cit. sub-nota 115.

¹⁶¹ Come già evidenziato, la *ratio* della norma in parola è quella di non limitare o pregiudicare i diritti riconosciuti agli Stati parte nell'adesione alla Convenzione. Invero tale norma consente l'applicazione del diritto nazionale ove questo garantisca un livello maggiore di tutela rispetto a quello garantito dalla CEDU. Per approfondimenti si veda Parte I, cap. 2.

¹⁶² F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi*, n. 7/2016, pp. 1 e ss. Trattasi della tecnica del c.d. *distinguishing* secondo cui un principio va contestualizzato rispetto alle diverse peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte Edu è destinata ad inserirsi. Mediante il ricorso a tale tecnica, dunque, si consente di superare la vincolatività del precedente.

¹⁶³ Par. 4. In particolare la Corte costituzionale richiama integralmente i punti delle sentenze n.348 e 349 del 2007 sul rango delle norme CEDU nel nostro ordinamento.

nell'ordinamento costituzionale italiano"¹⁶⁴. Conferma, quindi, una propria competenza esclusiva a effettuare il bilanciamento tra interessi in gioco, contraddicendo il principio di separazione dei poteri tra Corti, secondo cui non è possibile sostituire un'interpretazione di una disposizione CEDU a quella data dalla Corte di Strasburgo, "con ciò superando i confini delle proprie competenze in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica della Convenzione"¹⁶⁵.

In primo luogo la norma CEDU di cui all'art. 6 viene considerata "sostanzialmente coincidente con i principi enunciati da questa Corte con riguardo al divieto di retroattività della legge, che, pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost."¹⁶⁶. Sicché leggi retroattive sono ammissibili solo ove adeguatamente motivate e giustificate da esigenze di tutela di principi, diritti e beni di rilievo costituzionale¹⁶⁷. Il giudice costituzionale, è tenuto, dunque, a valutare il sistema nazionale di interessi costituzionali nella loro interazione, secondo una valutazione sistemica dei diritti fondamentali. Infatti, spetta "alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali (...) si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea"¹⁶⁸. Secondo la Corte costituzionale interessi di pari rango costituzionale sono destinati a prevalere in tutti i casi in cui sussistono motivi di interesse generale che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva¹⁶⁹. Nonostante poi la Corte precisi che "le operazioni di bilanciamento sono volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma all'integrazione delle tutele"¹⁷⁰.

Gli interessi coinvolti dall'intervento retroattivo del legislatore, nel caso di specie, troverebbero il loro fondamento nei principi di uguaglianza, di solidarietà e di proporzionalità (non valutati dalla Corte Edu in sede di

¹⁶⁴ Par. 4.2

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Par. 5.2

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ In particolare la Corte Costituzionale afferma che "la Corte di Strasburgo è tenuta a tutelare in modo *parcellizzato*, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco" (par. 5.4).

¹⁶⁹ Par. 5.3

¹⁷⁰ Par. 4.2.

bilanciamento). Principi che giustificano una legge d'interpretazione autentica con efficacia retroattiva, proprio al fine di “evitare sperequazioni (...) e tener conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera sono quattro volte inferiori a quelli versati in Italia”¹⁷¹.

È bene rilevare, che la sentenza in parola, introduce un elemento innovativo rispetto alla giurisprudenza precedente, atteso che essa fa riferimento specificatamente al ruolo e alle funzioni che le due Corti sono chiamate a svolgere. La Corte costituzionale, infatti, rivendica il proprio monopolio nel compiere il bilanciamento dei diritti, così inserendosi nel “margine di apprezzamento” che normalmente compete allo Stato¹⁷². In tal senso si spiegherebbe l'affermazione, secondo cui, a differenza della Corte Edu, la Corte costituzionale “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 a essa spettante”¹⁷³.

La valutazione sistemica si giustificherebbe in ragione delle modalità attraverso le quali le norme CEDU entrano a far parte del nostro ordinamento, integrandolo. Invero, se la norma CEDU, quale norma interposta, integra la norma costituzionale e con essa è integrata nel sistema costituzionale, è la Costituzione nel suo complesso che deve rappresentare il parametro di riferimento per valutare la compatibilità tra norma pattizia e Costituzione¹⁷⁴.

Tuttavia, non convince del tutto l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui la valutazione della Corte Edu sarebbe di tipo isolato, poiché limitata al caso di specie, non tenendo conto dell'intero sistema dei diritti e interessi coinvolti¹⁷⁵. Invero, dalla giurisprudenza di Strasburgo si evince una

¹⁷¹ Par. 5.3.

¹⁷² Tuttavia, è bene ricordare che nel caso Handyside, la Corte aveva osservato che il margine di apprezzamento fosse rivolto non solo al legislatore bensì anche agli organi chiamati a interpretare e applicare la legge. Per approfondimenti si veda parte I, cap. 2.

¹⁷³ Par. 5.4

¹⁷⁴ E.SCODITTI, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la CEDU come parametro interposto di costituzionalità*, in *Il Foro italiano*, 2013, pp. 787-791.

¹⁷⁵ Si veda F.VIGANÒ *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche* già cit. sub-nota 131. Nello stesso senso si veda C. PINELLI «*Valutazione sistematica*» versus «*Valutazione parcellizzata*»: un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giur. Cost.*, n. 6/2012, pp. 4228 e ss., secondo cui sarebbe equivoca l'affermazione della Corte circa il carattere “parcellizzato” di tutela della Corte Edu. Invero, anche la Corte EDU opera frequentemente il bilanciamento fra diritti riconosciuti dalla Convenzione. Si

peculiare attenzione al giudizio di bilanciamento tra interessi e contro-interessi in gioco, in virtù della possibile limitazione di taluni diritti a discapito di altri. Un tale *modus operandi* indubbiamente non può definirsi “atomistico” né tantomeno “parcellizzato”¹⁷⁶.

Ulteriore argomentazione, cui ricorre la Corte costituzionale al fine di giustificare la sua competenza esclusiva al bilanciamento di interessi, è il richiamo al principio della “*massima espansione delle garanzie*”. Tale principio impone che il rispetto degli obblighi internazionali, ove venga in gioco un diritto fondamentale, non possa portare a un *minus* di tutela rispetto a quanto già predisposto dall’ordinamento interno. Al contrario, corollario di tale principio deve essere quello di ampliamento della tutela dei diritti fondamentali. Sicché un ampliamento in tal senso è reso possibile solo mediante un adeguato bilanciamento che tenga conto di altri interessi costituzionalmente protetti, la cui tutela potrebbe essere lesa dall’espansione di uno solo degli interessi in gioco.

La Corte Costituzionale, dunque, nel compiere il bilanciamento che ad essa compete ritiene prevalenti principi di rango costituzionale (quali l’uguaglianza, la solidarietà e la proporzionalità). Tuttavia non motiva adeguatamente il perché tali principi debbano considerarsi prevalenti rispetto al diritto ad un equo processo. Diritto quest’ultimo, di portata non solo convenzionale (art. 6 CEDU) bensì anche costituzionale (art. 111 Cost.). Invero, la Corte si limita semplicemente ad affermare che la legge finanziaria con effetti *ex tunc* è “ispirata ai principi di uguaglianza e di proporzionalità” al fine di “operare (...) una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l’equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni”¹⁷⁷. Sicché, nel bilanciare l’impellente interesse generale alla gestione finanziaria del sistema pensionistico¹⁷⁸ e il principio del giusto processo non sembra operare con il massimo grado di

pensi alla libertà di espressione e di pensiero apposti al diritto alla privacy o al diritto di riunione e associazione previsto dagli articoli 8 e 9 CEDU.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Par. 5.3.

¹⁷⁸ Trattasi al contrario secondo la Corte Edu di un mero interesse nazionale e non di un impellente motivo di interesse generale, tale da giustificare l’intervento retroattivo del legislatore.

cautela richiesto dalla Corte europea¹⁷⁹. Invero, la Corte costituzionale predilige l'interesse dello Stato che si identifica con mere ragioni finanziarie, giungendo così a “un’espansione delle garanzie” di tutela e tuttavia sacrificando il diritto ad un equo processo. La conseguenza di tale approccio, diretto alla massima tutela di quegli interessi di rilievo costituzionale, conduce la Corte a negare, al diritto fondamentale di cui all’art. 6 CEDU, il livello minimo di tutela che lo Stato italiano si è obbligato sul piano internazionale ad assicurare¹⁸⁰. Ciò al fine di salvaguardare interessi che la Corte Edu, a più riprese, già aveva definito come non idonei a legittimare l’interferenza con il diritto fondamentale ad un equo processo.

È chiaro che in ragione del bilanciamento operato dalla Corte costituzionale tra il rispetto degli obblighi internazionali e gli altri principi costituzionali, l’interpretazione della Corte Edu ne risulta “fortemente condizionata, forse parzialmente vanificata, e subordinata alla valutazione del necessario soddisfacimento di interessi pubblici che risultano preminenti per l’ordinamento nazionale”¹⁸¹. La Consulta, quindi, adotta un approccio dualista, che si oppone ad un sistema monista e di “integrazione di tutele”, tanto da portare alla chiusura nei confronti dell’ordinamento internazionale e di un dialogo tra Corti¹⁸².

¹⁷⁹ Par. 45, sentenza *Maggio e altri c. Italia*, già cit. sub-nota 117, per approfondimenti si veda par. 1, A, A.1.

¹⁸⁰ F. VIGANÒ già cit. sub-nota 131. Invero, lo Stato si è vincolato ex art. 46 CEDU a dare esecuzione alle decisioni della Corte Edu, nonché ad un obbligo di interpretazione conforme alle medesime ex art. 32 CEDU.

¹⁸¹ Si veda S. FOÀ, *Leggi di interpretazione autentica e conformità alla CEDU: il parametro di legittimità “conteso” tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Il foro amministrativo* (CdS), n. 7-8/2011, p. 2260. In particolare, l’A. osserva che la Corte costituzionale riservando a sé una competenza ultima al bilanciamento tra interessi in gioco, di fatto avrebbe introdotto un’interpretazione “di secondo grado” dei principi affermati dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte Edu. L’A., tuttavia, si chiede sino a che punto tale riserva di competenza sia conforme agli obblighi internazionali ovvero se l’interpretazione poi fornita dalla Corte Costituzionale “possa spingersi fino al punto di consentire deroghe rispetto alla lettura del giudice internazionale, invocando il soddisfacimento di interessi pubblici che risultano preminenti per l’ordinamento nazionale”.

¹⁸² C. CINELLI, già cit. sub-nota 124. *Contra* Si veda R. ROMBOLI, *Il bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti come strumento per l’“integrazione delle tutele” nel dialogo tra le corti*, in *Il foro.it.*, 2013, (online) secondo cui il *modus operandi* della Corte costituzionale deve essere interpretato come un “esempio di armonizzazione e integrazione”. La competenza al bilanciamento nelle mani del giudice costituzionale, in quanto organo più consono ad eseguire tale compito, non sarebbe sintomo di primazia dell’ordinamento nazionale. Al contrario denota un’integrazione delle tutele.

Come è noto, il diritto internazionale non può trovare applicazione fino al punto di contrastare con i valori costituzionali¹⁸³, tuttavia ci si chiede se la prassi inaugurata dalla Corte costituzionale sia lecita. Invero, la Corte è giunta, all'esito del bilanciamento tra interessi rilevanti, ad attribuire preminenza a interessi di natura finanziaria, non alla luce di una "disposizione costituzionale precisamente e convincentemente individuata" bensì attraverso un bilanciamento degli interessi in gioco che parifica interessi generali "costituzionalmente rilevanti" dell'ordinamento statale e quegli "impellenti motivi di interesse generale"¹⁸⁴.

Inoltre, se, come ricorda la Corte, "il rispetto degli obblighi internazionali (...) deve costituire strumento efficace di ampliamento della tutela"¹⁸⁵, *meri interessi generali dello stato* (considerazioni economiche e finanziarie, bilancio dello stato) non possono avere valore preminente nel reciproco bilanciamento. Ciò in quanto tale bilanciamento "non può avvenire tra un diritto fondamentale e un mero interesse di carattere generale eventualmente rilevante per la generalità dei cittadini o per l'ordinamento statale ove non sia supportato da norme costituzionali precisamente individuate"¹⁸⁶ e non vi siano gli impellenti motivi richiesti in sede europea. Garantire una tutela maggiore a interessi generali dello Stato si tradurrebbe in uno "sbilanciamento" a favore di esigenze, di per sé non in grado di giustificare deroghe a un diritto fondamentale dell'uomo, venendo meno quella tutela "sistemica" dei diritti fondamentali che la Corte costituzionale afferma di compiere¹⁸⁷. Al contrario, il *modus operandi* della Corte costituzionale conduce inevitabilmente a sacrificare i diritti fondamentali a discapito di "ragioni di stato" mediante valutazioni di tipo discrezionale circa l'esistenza di interessi pubblici di rilevanza costituzionale, ma non espressamente sanciti da puntuali norme costituzionali.

Invero, "il bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente protetti che vengono in gioco è la chiave di volta che consente alla corte italiana di armonizzare le due differenti giurisprudenze".

¹⁸³ In tal senso B. CONFORTI, *La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 529.

¹⁸⁴ G. STROZZI, *La tutela (s)bilanciata dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2014, p. 194.

¹⁸⁵ Par. 4.1.

¹⁸⁶ G. STROZZI, p. 195, già cit., sub-nota 184.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p.195.

Pertanto, ove la Corte ritenga che la norma CEDU violi interessi costituzionalmente rilevanti non può limitarsi a sancire la prevalenza di questi ultimi. Così come non è sufficiente rivendicare una sua esclusiva e primaria competenza nella tutela “sistemica” dei diritti fondamentali rispetto alla funzione di garante riservata alla Corte Edu sui diritti fondamentali sanciti nella CEDU. Invero, tale competenza esclusiva di tipo sistemico non è di per sé idonea a giustificare la “violazione di un preciso impegno assunto dallo stato italiano”¹⁸⁸. In buona sostanza, la forza vincolante dell’interpretazione fornita dalla Corte Edu di una determinata norma convenzionale, ne risulta vanificata in tutti quei casi in cui la Corte costituzionale ritenga sussistano meri interessi generali, particolarmente sensibili per l’ordinamento interno. Ne consegue che la preminenza di meri interessi generali, talvolta qualificati come “altri interessi costituzionali” non solo lede un diritto fondamentale come il diritto ad un equo processo ma contrasta con il giudicato vincolante della Corte Edu.

Seguendo il ragionamento della Corte, dunque, non si giunge alla “massima espansione delle garanzie dei diritti fondamentali” e all’“integrazione delle tutele”, atteso che, al contrario, l’intento della Corte è quello di voler affermare la preminenza degli interessi generali dello Stato come *controlimiti* all’applicazione dell’art. 6 CEDU¹⁸⁹. Invero, il diritto a un equo processo garantito dalla CEDU è entrato a far parte del nostro ordinamento per il tramite

¹⁸⁸ G. TESAURO, già cit. sub-nota 24.

¹⁸⁹ Sul ricorso ai “contro-limiti” si veda, tra tutti, B. CONFORTI, già cit. sub-nota 183, p. 529. In particolare l’A. si chiede “se il caso in esame fosse proprio il migliore per inaugurare una prassi in tema di applicazione di controlimiti”. L’A. mostra dubbi circa l’utilizzo dei controlimiti, atteso che la Corte costituzionale li ha applicati all’esito di un bilanciamento degli interessi in gioco e non in ossequio a una disposizione costituzionale precisamente e convincentemente individuata. Inoltre la materia del contendere non aveva eccessiva importanza, posto che la Corte Edu aveva riscontrato la violazione della CEDU solo con riguardo all’incidenza della disposizione della legge finanziaria sui giudizi pendenti. In senso analogo, G. STROZZI già cit. sub-nota 184, secondo cui la Corte “applica per la prima volta, pur senza esplicitamente evocarla, la dottrina dei controlimiti da lei stessa elaborata con riguardo alle norme dell’Unione europea (...)”. La Corte, in buona sostanza, si porrebbe in un’ottica di separazione piuttosto che di integrazione, nel rivendicare una propria autonomia di giudizio nel bilanciamento di interessi. L’A., inoltre, osserva che la “via scelta dalla Corte costituzionale che vorrebbe risolvere il conflitto tra norme facendo emergere un diverso ruolo svolto dalle due Corti (...) oltre a contraddire il processo di integrazione delle tutele accordate ai diritti dell’uomo (...) conduce inevitabilmente a configurare una responsabilità internazionale dello Stato italiano”. Si veda ancora G. AMOROSO, *Sui controlimiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (a prima lettura di Corte cost. n. 264/2012)*, in *Foro Italiano* n.1/2013, pp. 22 ss.

del parametro dell'art. 117, co.1 Cost., tuttavia non è prevalso nel bilanciamento con gli altri interessi costituzionali.

La Corte costituzionale, pertanto, attraverso l'utilizzo di parametri costituzionali interni sembrerebbe ridimensionare l'efficacia delle norme CEDU e contestualmente compiere un allargamento dei "contro-limiti" (che sembrano coincidere direttamente con il sistema costituzionale nel suo complesso, all'interno del quale viene integrata la norma interposta¹⁹⁰) al di là dell'ambito europeo e al fine di ridimensionare l'efficacia dei vincoli internazionali.

Parte della dottrina¹⁹¹ osserva che tale vicenda abbia inaugurato il c.d. "disallineamento permanente" tra giurisprudenza della Corte costituzionale e quella di Strasburgo¹⁹². Invero, dinanzi ai moniti di Strasburgo, la Corte costituzionale non si adegua, tuttavia tenta di giustificare tale *modus operandi* alla luce di parametri meramente interni. È chiaro, però, che non è di per sé sufficiente il semplice richiamo ai valori costituzionali al fine di giustificare interventi retroattivi in controversie già pendenti. Al contrario è necessario dimostrare in concreto perché la tutela e la salvaguardia di tali valori sia possibile solo attraverso un'ingerenza nei processi in corso, atteso che in gioco vi è il prioritario bene giuridico di cui all'art. 6 CEDU, derogabile solo in ipotesi eccezionali¹⁹³. Il richiamo ai valori ed interessi costituzionalmente rilevanti, dunque, "non può divenire una mera formula di stile per coprire una prassi giudicata non convenzionalmente legittima in sede europea"¹⁹⁴. Non

¹⁹⁰ M.DE LUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sull'efficacia delle norme CEDU*, in *Il Foro italiano*, 2013, p. 791. Secondo l'A. "complementare o comunque coerente, rispetto all'allargamento dei controlimiti, pare, quindi, il ridimensionamento dell'efficacia della norma interposta, in funzione, ed in proporzione, dell'allargamento prospettato". Anche il Presidente della Corte Costituzionale, F.GALLO, in *relazione sulla giurisprudenza costituzionale 2012*, (online) osserva che con la sentenza in parola "la Corte ha per la prima volta opposto esplicitamente il limite della Costituzione nazionale all'ingresso del diritto convenzionale nell'ordinamento italiano, ribadendo così il suo ruolo di garante ultima delle libertà fondamentali consacrate dalla Costituzione".

¹⁹¹ G.BRONZINI, già cit. sub-nota 146.

¹⁹² A dire il vero, tale tendenza poteva rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, già a partire dalle sentenze n.348-349/2007. Ancorché in modo equivoco la Corte imponeva che la norma della CEDU non contrastasse con il complessivo bilanciamento di valori costituzionali quale operato dalla Corte costituzionale. Così imponendo, implicitamente, una sorta di "clausola di riserva" all'operatività della CEDU nell'ordinamento italiano.

¹⁹³ G.BRONZINI, già cit. sub-nota 146, p.11.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

considerando che in tal modo si viola il dovere costituzionalmente imposto di applicare la CEDU e di uniformarsi alle sentenze della Corte Edu.

Al contrario, sarebbe più coerente con gli impegni assunti sul piano internazionale una motivazione adeguata, indicando tra gli interessi che necessariamente debbono prevalere quelli che trovano puntuale definizione in norme costituzionali.

Parte della dottrina osserva, inoltre, che nei casi in cui la norma convenzionale non sia idonea ad integrare il parametro di cui all'art. 117 Cost., la Corte potrebbe dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge di esecuzione della CEDU¹⁹⁵, “dando così applicazione alla legge interna contrastante che diviene costituzionalmente legittima”¹⁹⁶.

In conclusione vale la pena osservare che la legge italiana oggetto di censura dinanzi alla Corte Edu, potrebbe risultare altresì in contrasto con l'art. 47 CDFUE, anch'essa concernente le garanzie processuali cui ha diritto ogni individuo.

In tale caso, è chiaro che differente sarà lo strumento mediante il quale risolvere l'antinomia normativa. Poiché, infatti, le norme della Carta godono di diretta applicabilità e prevalgono sul diritto interno, la normativa interna dovrà essere “disapplicata”, in ragione dell'asserito contratto (salvo appunto avanzare l'esistenza di controlimiti)¹⁹⁷.

B.3. Una nuova ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale.

Da ultimo la Corte di cassazione¹⁹⁸ ha nuovamente sollevato questione di legittimità costituzionale della legge 296/2006 ravvisando un possibile

¹⁹⁵ G. STROZZI, p. 194, già cit. sub-nota 184 secondo cui sarebbe più coerente con gli impegni assunti sul piano internazionale una sentenza di accoglimento della questione di legittimità costituzionale con la quale si dichiara illegittima “la legge di esecuzione delle norme convenzionali in questione sia pure limitatamente alla fattispecie rilevante nel caso di specie”. In senso analogo, G. TESAURO, già cit., sub-nota 24, p.221.

¹⁹⁶ G. STROZZI, p. 198, già cit. sub- nota 184.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 198 e 199. L'A. osserva che nonostante la materia pensionistica sia estranea al diritto dell'Unione europea, ciò di cui si discute è nondimeno un diritto fondamentale di ciascun cittadino europeo, come tale tutelato dalla Carta. Ne consegue, dunque, che la questione non potrebbe definirsi come situazione puramente interna agli Stati.

¹⁹⁸ Ordinanza interlocutoria n. 4881 dell'11 marzo 2015, la Corte di cassazione osserva che “non può procedere alla disapplicazione della norma interna stante l'ormai consolidata giurisprudenza che inibisce al giudice questa operazione”. Così come non

contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli articoli 6 CEDU e 1 Protocollo n. 1 CEDU così come interpretati dalla sentenza Stefanetti e altri c. Italia¹⁹⁹.

Nella citata ordinanza, la Corte di cassazione, alla luce del rinnovato intervento da parte dei giudici di Strasburgo, osserva che la questione di legittimità costituzionale è rilevante con riferimento alla possibile violazione dell'art. 1 Protocollo n.1 della legge oggetto di censura. Il parametro convenzionale, pertanto, si amplia non essendo più limitato al solo art. 6 CEDU²⁰⁰.

La Corte in primo luogo ha osservato che secondo la costante giurisprudenza costituzionale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quella predisposta dall'ordinamento interno²⁰¹. Sicché il confronto tra tutela dei diritti convenzionali e costituzionali deve avvenire in ossequio al principio di "massima espansione delle garanzie" che implica il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti.

La Corte prosegue poi, ricordando la giurisprudenza più recente della Corte costituzionale²⁰² secondo cui è di competenza di quest'ultima garantire "una tutela sistemica e non frazionata" di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione. Invero, "se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di

le è consentito interpretare diversamente i diritti tutelati dagli articoli 6 CEDU e 1 Protocollo n.1, atteso che la violazione di tali diritti ad opera della legge 296/2006 è già stata accertata dalla Corte Edu.

¹⁹⁹ Per approfondimenti si veda par. 1, A, A.2.

²⁰⁰ È bene ricordare, invero, che nella sentenza n. 264/2012 la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità con riferimento al parametro di cui all'art. 117 Cost. in combinato disposto con l'art. 6 CEDU, coerentemente con l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*. Al contrario, nella sentenza Stefanetti, la Corte Edu ravvisa il contrasto della legge 296/2006 non solo con riferimento all'art. 6 CEDU bensì anche con l'art. 1 Protocollo n.1 (diversamente dal precedente *Maggio* nel quale la Corte Edu ha ritenuto che le censure relative alla violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 rientrassero nel margine di apprezzamento dello Stato italiano). In particolare, nell'ordinanza di rimessione, la Corte di cassazione osserva che "non può non tenere in debita considerazione il "fatto nuovo" della condanna dell'Italia con la sentenza Stefanetti, cui non può darsi risposta sulla base della sentenza n. 264/2012 della Corte costituzionale, posto che non tiene conto della "replica" della Corte Edu e quindi della condanna dell'Italia per violazione "sostanziale" del diritto pensionistico".

²⁰¹ Par. 4.8.

²⁰² Sentenza n.264/2012, per approfondimenti si veda par. 1, B, B.2. La Corte ribadisce con nettezza i principi già affermati nella precedente sentenza n.264/2012.

uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette”²⁰³. Per tali motivi, ricorda la Corte di cassazione, sempre richiamando la giurisprudenza della Consulta, “la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole *bilanciamento* tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi”²⁰⁴. E’ necessario, dunque, “comparare e bilanciare i principi e i diritti in gioco garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali”²⁰⁵.

Alla luce di quanto sopra esposto, la Corte constata che tale “complessiva valutazione va compiuta in riferimento all’accertata violazione dei diritti sostanziali di natura pensionistica dei lavoratori migranti in Svizzera”²⁰⁶. A ciò inoltre si aggiunge il profilo dell’inadempimento alla legalità convenzionale in contrasto con l’obbligo internazionale di rispettare l’ordinamento della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo²⁰⁷.

In conclusione, la Corte rimette la questione di legittimità costituzionale della legge del 2006 alla Corte costituzionale, posto che la “complessa valutazione” dei diritti in gioco “va rimessa all’autorità della Corte delle leggi, in ossequio alla spirito ed alla lettera dell’orientamento di questa sin dalle due decisioni del 2007”²⁰⁸.

Si attende, dunque, la sentenza della Consulta che potrebbe fornire maggiori chiarimenti in merito ai rapporti tra Corti e rispetto al sistema CEDU.

²⁰³ Par. 4.8.

²⁰⁴ Par. 4.8.

²⁰⁵ Par. 4.8.

²⁰⁶ Par. 4.9.

²⁰⁷ *Ibidem.*

²⁰⁸ *Ibidem.*

CAPITOLO 4

IL CASO DEL PERSONALE SCOLASTICO “ATA” E IL TRATTAMENTO PENSIONISTICO SULLA GESTIONE COMMERCianti.

SOMMARIO: 1. Ancora sulle leggi di interpretazione autentica e motivi imperativi d’interesse generale. – A. La giurisprudenza della Corte Edu. – A.1. Il caso Agrati e altri c. Italia. – A.2. Il caso Montalto e altri c. Italia. – B. La giurisprudenza della Corte costituzionale. – B.1. La sentenza n. 234/2007. – B.2. La sentenza della Corte costituzionale n.311/2009: la competenza a un rinnovato e autonomo bilanciamento di interessi nel giudizio di costituzionalità. – B.3. La sentenza della Corte costituzionale n. 15/2012.

1. Ancora sulle leggi di interpretazione autentica e motivi imperativi d’interesse generale.

La Corte costituzionale e la Corte Edu tornano nuovamente ad occuparsi di leggi di interpretazione autentica e dei limiti al loro intervento in controversie già pendenti.

Le questioni di legittimità costituzionale e convenzionale hanno per oggetto la legge 266/2005²⁰⁹ con la quale il legislatore era intervenuto sulla quantificazione delle retribuzioni del personale ATA che era passato dalle dipendenze degli Enti Locali a quelle del Ministero della Scuola, dell’Università e della Ricerca. In tal modo, il legislatore era intervenuto in controversie pendenti tra i dipendenti (trasferiti) e lo Stato, che erano sorte in seguito all’applicazione della legge con portata retroattiva.

²⁰⁹ “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”. Legge finanziaria del 2006 di interpretazione dell’art. 8 della legge n. 124 del 1999. Ai sensi dell’articolo 1 della legge n. 266 del 2005, l’art. 8, co. 2, della legge n. 124 del 1999 deve essere interpretato nel senso che “il personale degli enti locali trasferito nell’effettivo del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) dipendente dagli enti locali, in servizio nelle istituzioni scolastiche statali alla data di entrata in vigore della presente legge, è trasferito nei ruoli del personale ATA statale ed è inquadrato nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali corrispondenti per lo svolgimento dei compiti propri dei predetti profili, sulla base del trattamento economico”.

Sulla vicenda si è espressa, dapprima, la Corte costituzionale²¹⁰ e solo poi, la Corte Edu, con il caso Agrati²¹¹ e da ultimo con il caso Montalto²¹².

A. La giurisprudenza della Corte Edu

A.1. Il caso Agrati e altri c. Italia.

La sentenza sul caso Agrati si inserisce nel filone giurisprudenziale volto a sanzionare le interferenze del legislatore nell'amministrazione della giustizia se non adeguatamente giustificate da motivi imperativi di interesse generale. La Corte Edu è, quindi, tenuta a vagliare la compatibilità della legge 266/2005 con l'art. 6 CEDU e l'art. 1, Protocollo n. 1 della CEDU.

I ricorrenti lamentano che l'intervento legislativo abbia violato il loro diritto a un equo processo e che alla luce della giurisprudenza pacifica di legittimità avevano diritto al riconoscimento dell'anzianità maturata. Ne consegue che per effetto dell'intervento legislativo, il loro legittimo affidamento nell'ottenere un'equa soddisfazione era stato leso²¹³. In particolare poi osservano che il solo interesse economico della Pubblica Amministrazione, non fosse di per sé sufficiente a sostanziare un motivo imperativo di carattere generale.

Sul punto il Governo italiano sostiene che il legislatore era intervenuto con una legge interpretativa per colmare il vuoto giuridico che si era creato, data "la difficoltà per gli accordi collettivi e il potere regolamentare di risolvere la questione, e per evitare aumenti ingiustificati degli stipendi e una disparità di trattamento tra i dipendenti"²¹⁴. L'azione legislativa, quindi, sarebbe stata perfettamente prevedibile e rispondeva a un'evidente ragione imperativa di ordine generale. A sostegno della propria posizione, il Governo inoltre

²¹⁰ Sentenze del 18 giugno del 2007, n. 234 e del 16 novembre del 2009, n. 311.

²¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, sentenza 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia, ricorsi nn. 43549/08, 6107/09 e 5087/09.

²¹² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 14 gennaio 2014, Montalto e altri c. Italia, ricorsi nn. 39180/08, 39688/08, 52477/08, 52513/08, 52583/08, 52590/08, 52891/08, 52893/08, 59074/08, 59178/08, 60179/08, 61811/08, 2358/09 4945/09 5063/09 5079/09 e 5106/09.

²¹³ I ricorrenti contestano, inoltre, che lo Stato avrebbe violato l'autonomia della funzione giudiziaria riservata alla Corte di Cassazione, interferendo nell'amministrazione della giustizia.

²¹⁴ Par. 54.

richiama a grandi linee la giurisprudenza della Corte Edu in materia di interventi retroattivi del legislatore²¹⁵.

La Corte, in primo luogo, osserva che nulla osta a che il legislatore, mediante disposizioni retroattive, possa regolamentare i diritti derivanti da leggi già in vigore. Ciò nonostante, “il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'articolo 6 CEDU impongono che l'ingerenza del legislatore avvenga unicamente per ragioni imperative di interesse generale”²¹⁶. È confermato, dunque, l'orientamento già inaugurato nel precedente caso *Maggio e altri c. Italia*, secondo cui le leggi retroattive sono eccezionali al sistema convenzionale dovendo prevalere i principi enunciati dall'art. 6 CEDU.

È bene ricordare che un'ingerenza legislativa è ammessa solo in presenza di due condizioni: la prima è che deve trattarsi di una norma c.d. d'interpretazione autentica, con carattere meramente ricognitivo e non innovativo di un significato già rientrante tra le letture del testo. La seconda è la sussistenza di motivi imperativi di interesse generale, gli unici in grado di poter prevalere, in un bilanciamento tra interessi, sui principi enunciati dall'art. 6 CEDU, ovvero sui principi dello Stato di diritto, del giusto processo e della parità di armi tra le parti. Pertanto, ingerenze del legislatore sarebbero ammesse a patto che tali ragioni siano bilanciate con la garanzia dei diritti individuali, che i titolari di questi ultimi non siano gravati da sacrifici sproporzionati e che, comunque, i sacrifici non siano imposti per mere esigenze finanziarie.

Nel caso di specie, la Corte osserva che l'articolo 1 della Legge Finanziaria 2006, ha portata retroattiva in quanto norma di interpretazione autentica, volta,

²¹⁵ Si vedano *ex multis*: sentenza del 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*; sentenza *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, già cit. sub-nota 129; sentenza *Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia*, già cit. sub-nota 129; sentenza *Forrer-Niedenthal c. Germania*, già cit. sub-nota 133; sentenza del 27 maggio 2004, *OGIS-Institut Stanislas e altri c. Francia*. Par. 56 “Secondo il Governo, la situazione era pari a quella del legislatore nel caso *Building Societies c. Regno Unito*, cit: in questo caso, l'azione legislativa ha impedito la creazione di situazioni discriminatorie all'interno del personale ATA. Pertanto sussisteva una valida ragione di interesse pubblico ai sensi della giurisprudenza della Corte”.

²¹⁶ Par. 58. La Corte richiama la sentenza *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis* nella quale la Corte aveva già chiarito che “(...) il principio di legalità e il diritto ad un equo processo si oppongono a qualsiasi ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la conclusione giudiziaria della lite”. La legge oggetto di censura dinanzi alla Corte, invero, aveva orientato, in modo determinante, in favore dello Stato l'esito del processo già pendente. Per tali ragioni, la Corte aveva constatato la violazione dell'art. 6 CEDU.

quindi, ad incidere sulle controversie pendenti, attivate dai lavoratori ATA, rendendo così inutile la prosecuzione del processo²¹⁷. Resta da verificare la sussistenza di idonei motivi imperativi di interesse generale. Sul punto la Corte Edu precisa che le “ragioni imperative di interesse generale” evocate dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 2009, risulterebbero dalla “necessità di porre rimedio a un difetto tecnico della legge originaria e di prevenire la creazione di situazioni discriminatorie tra i dipendenti provenienti dallo Stato e quelli provenienti dagli enti locali”²¹⁸. Tuttavia, constata che la legge d’interpretazione autentica era giunta a cinque anni dalla norma originaria, oggetto di interpretazione e a seguito di una serie di pronunce della Corte di Cassazione che non si esprimevano a favore dello Stato²¹⁹. Infatti, ad avviso della Corte Edu, lo scopo invocato dal Governo, ovvero l’esigenza di colmare un vuoto giuridico ed eliminare le disparità di trattamento tra gli impiegati, era unicamente quello di difendere l’interesse finanziario dello Stato riducendo il numero di procedimenti pendenti dinanzi agli organi giudiziari²²⁰. L’ingerenza legislativa, pertanto, non era né legittima né tantomeno proporzionale, sì da violare l’art. 6 CEDU. La Corte Edu, infatti, non riscontra la sussistenza delle condizioni sopra citate, affinché un’interferenza legislativa sia ammissibile senza violare i principi dell’equo processo.

La Corte Edu è chiamata poi a pronunciarsi sulla possibile violazione dell’art. 1 Protocollo n.1 CEDU.

I ricorrenti sostengono che per effetto della portata retroattiva dell’art. 1 della legge finanziaria per il 2006 siano stati privati dei loro beni. Invero, la retroattività di tale norma è andata ad incidere sulle controversie nelle quali erano parte, ponendovi fine e violando così la loro legittima aspettativa in una decisione a loro favorevole²²¹.

Sul punto, il Governo Italiano sostiene che nei confronti dei ricorrenti non fosse stata adottata alcuna decisione definitiva. Motivo per cui i medesimi non erano titolari di un credito certo ed esigibile nei confronti dello Stato ovvero di

²¹⁷ Par. 59 e 60.

²¹⁸ Par. 62.

²¹⁹ Par. 63.

²²⁰ Par. 64.

²²¹ Par. 67.

un diritto di proprietà ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1²²². Infine l'interferenza legislativa era giustificata da “ragioni imperative di interesse pubblico”, tra cui quella di intervenire per colmare una lacuna normativa e non di svantaggiare l'esito del processo pendente²²³.

La Corte Edu, in primo luogo, ricorda che nella nozione di “proprietà” di cui all'art. 1 Protocollo n. 1 vi rientrano sia i “beni esistenti” che i valori patrimoniali, ivi compresi, in determinati casi ben definiti, i crediti²²⁴.

Nel merito della questione, osserva che i ricorrenti erano titolari di un interesse economico, prima dell'intervento del legislatore, che costituiva “un legittimo affidamento” di ottenere il pagamento degli importi contestati. Per tale ragione aveva “il carattere di *bene* ai sensi della prima frase dell'articolo 1 del Protocollo n. 1”²²⁵.

Ciò posto, la Corte Edu è tenuta a valutare se l'interferenza del legislatore con la legge d'interpretazione autentica si sostanzia in *un'ingerenza legittima* nell'esercizio del diritto di proprietà dei ricorrenti. Il presupposto affinché l'interferenza nel pacifico godimento dei propri beni possa essere qualificata legittima è che si perseguano interessi di “pubblica utilità”. Allo stesso tempo, tale ingerenza deve trovare “un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e le esigenze individuali di tutela dei diritti fondamentali e deve esistere un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito dalle misure restrittive della proprietà”²²⁶.

Nel caso di specie, l'adozione della legge di interpretazione autentica, priva i ricorrenti della possibilità di ottenere il riconoscimento dell'anzianità pregressa. Ne consegue, dunque, che la legge in parola “costituisce un attentato sproporzionato ai loro beni”, rompendo il giusto equilibrio tra le esigenze di

²²² Par. 71. In particolare il Governo richiama la sentenza della Corte Edu Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia, già cit. sub- nota 215.

²²³ Par. 72.

²²⁴ Par. 73. La Corte prosegue affermando che “(...) affinché un credito possa considerarsi un ‘valore patrimoniale’ è necessario che il titolare del credito lo dimostri in relazione al diritto interno. Una volta dimostrato, può entrare in gioco il concetto di ‘legittimo affidamento’”.

²²⁵ Par. 74.

²²⁶ Par. 82. La Corte Edu cita tra i suoi precedenti, sentenza del 3 luglio 1997, Pressos Compania Naviera SA e altri, ric. n. 17849/91, ove la Corte ha osservato che “les réquerants pouvaient prétendre avoir une “espérance légitime” de voir concrétiser leurs créances quant aux accidents en cause conformément au droit commun de la responsabilité” (par. 31).

interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo²²⁷. Sussiste, dunque, una violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 CEDU.

In conclusione, è bene rilevare che la Corte, ancora una volta, nega che l'intervento del legislatore nazionale sia giustificato dai motivi imperativi d'interesse generale, gli unici in grado di poter derogare al divieto di retroattività della legge. Ciò in quanto la Corte ricorre, indubbiamente, a criteri più stringenti nel definire i *motivi imperativi di interesse generale*, così da consentire in via del tutto eccezionale un'ingerenza retroattiva da parte del legislatore. In particolare, afferma una sua competenza esclusiva a decidere circa la compatibilità con la CEDU di una determinata norma, affermando che “una decisione della Corte costituzionale non è sufficiente a stabilire la conformità della legge 266/2005 (oggetto di scrutinio di legittimità costituzionale) con le disposizioni della Convenzione”²²⁸. Infatti è necessaria la sussistenza dei motivi imperativi di interesse generale, sicché l'intervento legislativo è legittimo solo se è prevedibile.

A.2. Il caso Montalto e altri c. Italia

Con la sentenza Montalto, che si inserisce nella vicenda giudiziaria del personale scolastico ATA inaugurata con la sentenza Agrati, la Corte torna a occuparsi della questione sulle leggi di interpretazione autentica e i limiti alla loro ammissibilità.

I ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 6 CEDU ovvero del diritto a un equo processo e del principio di parità delle armi a causa dell'intervento del legislatore, con la legge di interpretazione autentica n. 266/2006, nel processo nel quale erano parti.

In senso contrario il Governo, secondo cui “il legislatore è intervenuto attraverso una legge interpretativa al fine di colmare il vuoto giuridico che è stato creato (...) e di evitare aumenti ingiustificati dei salari e una disparità di trattamento tra diverse categorie di lavoratori”²²⁹.

²²⁷ Par. 84.

²²⁸ Par. 62.

²²⁹ Par. 38.

La Corte richiama, in primo luogo, i precedenti della Corte costituzionale²³⁰ nei quali era stata dichiarata la conformità alla Costituzione della legge n. 266/2006. Prosegue, poi, richiamando integralmente quanto affermato nella sentenza Agrati e altri c. Italia²³¹. In particolare, ribadisce che ragioni economiche, di natura finanziaria non costituiscono motivi imperativi di interesse generale, tali da giustificare l'utilizzo di una legge di interpretazione autentica. Il ricorso a tali leggi rappresenta, invero, una deroga al principio generale di parità delle armi garantito dall'art. 6 della CEDU. Inoltre la Corte precisa che non è rilevante che la legge in parola non abbia vanificato del tutto i diritti dei ricorrenti o riformato in senso negativo una situazione patrimoniale precedentemente acquisita. Invero, al fine di ritenere sussistente la lesione dell'art. 6, è irrilevante la natura delle perdite patrimoniali che discendono dalla legge con effetti retroattivi.

La novità rispetto alla pronuncia precedente è costituita dal richiamo alla sentenza Scattolon c. M.I.U.R.²³² con cui la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla questione relativa allo *status* del personale ATA chiarendo la portata della tutela dei diritti dei lavoratori assunti da un nuovo datore di lavoro. In particolare, la Corte di giustizia osserva che il trasferimento del personale ATA nei ruoli statali costituisce un trasferimento d'impresa ai sensi della Direttiva CE/77/187²³³. Sicché il diritto dell'Unione e la direttiva in parola ostano a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione immediatamente precedente al trasferimento, un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento dell'anzianità da loro maturata²³⁴.

²³⁰ Sentenze n. 234/2007 e 311/2009, per approfondimenti si veda *infra* par. B, B.1. e B.2.

²³¹ Paragrafi 47 e ss.

²³² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 6 settembre 2011, C-108/2010, Scattolon.

²³³ Direttiva del 14 febbraio 1977.

²³⁴ La quarta questione, rimessa alla Corte di giustizia, relativa all'intervento della legge di interpretazione autentica che aveva negato il riconoscimento dell'anzianità ai lavoratori non viene trattata. In particolare il giudice remittente demandava la compatibilità tra tale intervento del legislatore e l'art. 6, par. 2 TUE in combinato disposto con l'art. 6 CEDU. Tale questione risulta "assorbita" dalle altre due questioni e dal riconoscimento della materia come rientrante nel campo di applicazione del diritto dell'Unione e, in particolare, in quello del trasferimento di azienda ai sensi della direttiva 77/187/CE. Chiaro è che ove la Corte di giustizia si fosse pronunciata sulla questione osservando che il diritto UE osta alla norma di interpretazione, in quanto volta a incidere su controversie in corso, così violando il principio di certezza del diritto e del giusto processo, la conseguenza sarebbe stata la "non applicazione" della legge

Tuttavia, nonostante il richiamo alla sentenza della Corte di giustizia, diverso è l'approccio seguito rispettivamente dalle due Corti. Invero, la sentenza della Corte, in quanto inserita all'interno di una questione pregiudiziale, è ispirata alla cooperazione tra organi giurisdizionali²³⁵. Diversamente, al pari di quanto visto nel precedente Agrati, la Corte Edu si pone in conflitto con la Corte costituzionale. Tanto è vero che secondo la Corte Edu "la decisione della Corte Costituzionale non è sufficiente per stabilire la conformità della legge n. 266 impugnata con le disposizioni della Convenzione"²³⁶.

Così i giudici di Strasburgo richiamano i precedenti giurisprudenziali a partire dai quali si è consolidato il principio secondo cui "sebbene non vi sia un divieto assoluto per il legislatore di intervenire con leggi d'interpretazione autentica sulle leggi in vigore, le garanzie del giusto processo e il principio di parità della armi esigono l'esistenza di imperativi motivi d'interesse generale"²³⁷.

E' opportuno rilevare, dunque, che la Corte, anche nella sentenza in parola, abbia ribadito che mere necessità di ordine economico non possano costituire motivi imperativi di per sé sufficienti a derogare ai principi di portata convenzionale.

È chiaro che una possibile soluzione per mantenere un effettivo dialogo tra Corti sarebbe quella di consentire al giudice comune di applicare direttamente tutte quelle norme CEDU il cui contenuto corrisponda a quello del diritto

italiana che, in una materia regolata dal diritto UE, contrasti con un diritto fondamentale garantito dalla CDFUE (alla luce dell'art. 6, par.1 TUE).

²³⁵ Invero la Corte di giustizia, una volta risolta in via interpretativa la questione pregiudiziale la rimette al giudice nazionale. Si veda R.CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra Corti*, in *Giur. Cost. n.5/2011*, pp. 3753 e ss. Secondo l'A. l'approccio della Corte di giustizia si giustifica alla luce di un "pluralismo giurisdizionale ordinato" e della vicinanza alla situazione dedotta in giudizio, da parte dei giudici nazionali a cui la Corte rinvia la questione.

²³⁶ Par. 51. Affermazione già contenuta nel precedente Agrati.

²³⁷ Sentenze, Raffinerie greche Stran e Stratis Andreatis c. Grecia, già cit. sub-nota 215; National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito, già cit. sub-nota 129; Zielinsky e Pradal e Gonzales c. Francia, già cit. sub-nota 129 e Forrer-Niederthal c. Germania, già cit. sub-nota 133.

dell'Unione. Ovviamente l'applicazione diretta presuppone che tali norme abbiano i requisiti richiesti per l'applicazione diretta delle norme dell'UE²³⁸.

B. La giurisprudenza della Corte costituzionale

B.1. La sentenza n.234/2007.

Merita un cenno la sentenza n.234/2007²³⁹ con la quale la legge 266/2005 è sottoposta per la prima volta al vaglio della Corte costituzionale. Tale sentenza assume rilievo in quanto apre la vicenda giudiziaria relativa al personale scolastico ATA. Tuttavia, è resa prima ancora delle note sentenze nn.348-349 del 2007, in relazione alle quali si è posta la necessità di approfondire i rapporti tra Corte Costituzionale e Corte Edu.

La questione di legittimità costituzionale, invero, è sollevata con riferimento agli articoli 3, 24, 36, 42 della Costituzione, ovvero meri parametri interni.

Nel ritenere non fondata la questione, la Corte, ha affermato che “non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva) ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva”²⁴⁰. Infatti, il divieto di retroattività della legge, ancorché principio generale e fondamentale dell'ordinamento, non riceve copertura costituzionale, salvo quanto previsto dall'art. 25 Cost. in materia penale²⁴¹. Alla luce di tali osservazioni, ne consegue che il legislatore può emanare sia disposizioni di interpretazione autentica con portata meramente ricognitiva della norma interpretata, rimanendo quindi entro l'ambito della stessa; sia disposizioni innovative, con il limite però della ragionevolezza e di altri valori e interessi costituzionalmente protetti di rango superiore²⁴².

Sicché l'intervento retroattivo del legislatore, troverebbe adeguata giustificazione nei principi costituzionali di uguaglianza, di ragionevolezza e del diritto di difesa evocati dalle norme costituzionali di cui agli articoli 3 e 24 della Costituzione.

²³⁸ L. MENGHINI, *I contrasti tra Corte EDU e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2/2012, pp. 362 ss.

²³⁹ Sentenza già cit. sub-nota 210.

²⁴⁰ Par. 9.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² *Ibidem*.

In particolare non sussisterebbe alcuna violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo di una disparità di trattamento tra “i lavoratori ATA, provenienti dagli enti locali, e i lavoratori ATA inseriti fin dall'origine del loro rapporto di impiego nei ruoli dell'amministrazione dello Stato”²⁴³. Ciò in quanto, al fine di valutare l'esistenza o meno di un trattamento discriminatorio non può non tenersi in considerazione “il fluire del tempo”. Questo, infatti, costituisce di per sé un elemento che giustifica la disparità di trattamento per medesime situazioni e in questo caso, per medesime categorie di soggetti²⁴⁴. Al contrario, osserva la Corte, la *ratio* della disciplina oggetto di censura è quella di “armonizzare il passaggio del personale in questione da un sistema retributivo disciplinato a regime ad un altro sistema retributivo (...) e di rendere omogeneo il sistema retributivo di tutti i dipendenti ATA, al di là delle rispettive provenienze”²⁴⁵.

Ne consegue, dunque, che “l'efficacia retroattiva della disposizione censurata deve ritenersi ragionevole e non lesiva degli altri principi costituzionali evocati”²⁴⁶.

B.2. La sentenza n.311/2009: la competenza a un rinnovato e autonomo bilanciamento di interessi nel giudizio di costituzionalità.

Con la sentenza n.311/2009 la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale della legge n. 266/2005 in riferimento agli articoli 3, 24, 36, 42 della Costituzione e all'art. 117, co.1, della Costituzione avente come parametro interposto gli articoli 6 CEDU e 1, Protocollo n.1 della CEDU.

Nella sentenza in parola, il “dialogo” tra le due Corti sembra venire meno, atteso che la Corte costituzionale fa di nuovo propri i motivi d'interesse generale che possono giustificare, in via del tutto eccezionale, un intervento retroattivo del legislatore in controversie già pendenti.

Il ragionamento compiuto dalla Consulta prende le mosse dalla considerazione secondo cui il divieto di retroattività è un principio generale ma

²⁴³ Par. 11.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ Par. 18.

non assoluto e pertanto derogabile, sicché deve “escludersi che (...) la necessaria incidenza delle norme retroattive sui procedimenti in corso si porrebbe automaticamente in contrasto con la Convenzione europea”²⁴⁷. Nel caso di specie, l’intervento retroattivo del legislatore sarebbe giustificato dall’ “urgente necessità di armonizzare il sistema di retribuzione del personale ATA indipendentemente dal loro background professionale”²⁴⁸.

È “dal confronto fra i principi espressi dalla Corte europea e le condizioni e finalità (...) della legge n. 266/2005 che emerge come il legislatore nazionale non abbia travalicato i limiti fissati dalla Convenzione europea”²⁴⁹. Invero, la Convenzione, così come la giurisprudenza europea, disciplinano e garantiscono i “principi di uguaglianza, in particolare sotto il profilo della parità delle armi nel processo, ragionevolezza, tutela del legittimo affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche, che questa Corte ha escluso siano stati vulnerati dalla norma qui censurata”²⁵⁰.

Per tali ragioni, spetta agli Stati contraenti individuare i *motivi imperativi di interesse generale* che giustificano un intervento *ex tunc* del legislatore, in quanto nella posizione migliore per identificarli trattandosi, tra l’altro, degli interessi che sono alla base dell’esercizio del potere legislativo, così di fatto, relegando il ruolo interpretativo svolto dalla Corte Edu. Dal che ne consegue che competente a vagliarne la legittimità è la Corte costituzionale. Essa, indubbiamente, adotta criteri sicuramente più elastici rispetto a quelli utilizzati in sede europea, posto che identifica i *motivi imperativi* con meri *interessi rilevanti*. Secondo il giudizio della Corte costituzionale, invero, i motivi di natura finanziaria sono motivi imperativi d’interesse generale di per sé sufficienti a giustificare un intervento retroattivo del legislatore. In particolare l’intervento del legislatore, finalizzato a un’operazione di riassetto organizzativo riguardante un ampio numero di lavoratori, è conforme al principio di parità di trattamento, atteso che soddisfa l’indiscutibile interesse generale a rendere tendenzialmente omogeneo il sistema retributivo di tutti i dipendenti²⁵¹. Da tale

²⁴⁷ Par. 9.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ *Ibidem*. “In tal modo, nella specie ricorrono più di una tra quelle «ragioni imperative di interesse generale» che consentono, nel rispetto dell’art. 6 della Convenzione

argomentazione si desume che, secondo la Corte, il valore dell'equilibrio finanziario occupa una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori in gioco. Ed è presupposto indispensabile al fine di garantire il rispetto del principio costituzionale di uguaglianza. Ne consegue che "l'equilibrio finanziario non costituirebbe un fattore limitativo dei diritti costituzionali, ma un fattore che ne garantisce l'equilibrata fruizione"²⁵².

È bene rilevare, dunque, che anche tale sentenza pone in evidenza le differenze esistenti tra i due sistemi di garanzia dei diritti fondamentali, con particolare riferimento al ruolo tra Corti²⁵³. Invero, la Corte costituzionale si riserva una competenza esclusiva nel *bilanciamento tra interessi in gioco*, sottoponendo la norma censurata al vaglio di principi di portata costituzionale in una prospettiva "sistemica" e attenuando, così, l'impatto interpretativo svolto dalla Corte EDU, nel definire i motivi imperativi d'interesse generale. La Corte, pertanto, diversamente da taluni suoi precedenti giurisprudenziali non si sottrae al bilanciamento di interessi con i valori costituzionali²⁵⁴. Al contrario, il bilanciamento compiuto in sede europea viene richiamato e ciò nonostante la Corte provvede a un nuovo e autonomo bilanciamento alla luce dei parametri costituzionali.

Infatti, dopo aver ricordato la recente giurisprudenza costituzionale (sentenze nn. 348 e 349/2007) sul rango e l'efficacia delle norme della CEDU e sul riparto di competenze tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo, compie talune precisazioni circa il ruolo ad essa spettante una volta sollevata la

europea e nei limiti evidenziati dalla Corte di Strasburgo, interventi interpretativi e retroattivi".

²⁵² M. BELLETTI, *Forme di coordinamento della finanza pubblica e incidenza sulle competenze regionali. Il coordinamento per principi, di dettaglio e "virtuoso", ovvero nuove declinazioni dell'unità economica e dell'unità giuridica*, Relazione presentata al Convegno "Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V", tenutosi a Roma il 13 giugno 2013, (online).

²⁵³ Si veda F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giur. cost.*, n. 6/2012, pp. 4235 e ss.

²⁵⁴ Si veda in via esemplificativa, sentenza del 30 novembre 2009, n. 317. La Corte, in tale occasione, al fine di vagliare la legittimità costituzionale dell'art. 175, co. 2, del codice di procedura penale, con l'art. 117, co.1, Cost. rinvia al bilanciamento tra interessi già operato dalla Corte Edu in sede europea nell'interpretazione dell'art. 6 CEDU. Invero, dopo aver affermato che "la norma CEDU, nel momento in cui va a integrare il co.1 dell'art. 117 Cost, da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti con tutto ciò che segue, in termini di interpretazioni e di bilanciamento (...)" (par. 7), non provvede ad un rinnovato e autonomo bilanciamento fra i valori costituzionali.

questione di legittimità costituzionale. In primo luogo, ad essa compete “il compito di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo”²⁵⁵. Al contempo, però, la Corte “dovrà (...) verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all’art. 53”²⁵⁶. In buona sostanza, dunque, la Corte si riserva un ulteriore controllo al fine di verificare se effettivamente sussista un contrasto con la CEDU, posto che accerta se la norma nazionale offra o meno una tutela più intensa rispetto a quella convenzionale. Ed è nell’ipotesi in cui la prima non offra una tutela più intensa di quella offerta dalla norma CEDU che non si porrebbe alcun contrasto con la Convenzione, né alcuna violazione costituzionale²⁵⁷.

È chiaro che diverse sono le conseguenze del *modus operandi* della Corte Costituzionale. Se attraverso il rinvio al bilanciamento di interessi in precedenza compiuto dalla Corte Edu e quindi alla sua giurisprudenza, l’esito è il “rafforzamento” della giurisprudenza europea, l’esigenza di compiere un autonomo bilanciamento non può che essere interpretato in senso inverso. In buona sostanza, l’accertata violazione di una norma CEDU da parte della Corte Edu non comporterebbe un’automatica declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, co.1 Cost., posto che la Corte costituzionale si riserva “in ultima istanza” un rinnovato e autonomo bilanciamento di interessi. Ciò vuol dire, dunque, che l’esito del giudizio di costituzionalità non sarebbe in nulla condizionato dall’accertata violazione di una norma CEDU in sede europea, poiché, di fatto, la Corte costituzionale non ne tiene conto nel giudizio dinanzi ad essa pendente²⁵⁸. Ne consegue, dunque,

²⁵⁵ Par. 6.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ A. DEL VECCHIO, *Il valore della CEDU nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2016, pp. 205-220.

²⁵⁸ Tuttavia si veda E.LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, relazione al Seminario “Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici”, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, p. 34, (online). Secondo l’A. l’esigenza di sottoporre a un nuovo bilanciamento gli interessi in gioco è giustificata dalla circostanza secondo cui

che “le norme CEDU operano come parametro interposto per la valutazione di legittimità della normativa interna primaria, solo in quanto resistano al bilanciamento con altri valori espressi da parametri diretti (la Costituzione e le norme di rango costituzionale)”²⁵⁹.

La sentenza in parola si segnala altresì per le precisazioni in essa contenute in merito al *rapporto tra Corti*, tramite il rinvio che la Corte costituzionale compie alla giurisprudenza di Strasburgo.

La Corte, invero, richiama analiticamente, pur tuttavia in modo superfluo e inconferente, la giurisprudenza europea, ponendola a fondamento della declaratoria d'infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

In un primo momento, sostiene che “in aderenza con la ricostruzione normativa già operata da questa Corte in altre occasioni, risulta con chiarezza la compatibilità della norma interpretativa censurata con la giurisprudenza qui rilevante della Corte di Strasburgo”²⁶⁰. Tuttavia nell'affermare la compatibilità della norma interpretativa censurata con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sembrerebbe contraddirsi.

In primo luogo, eleva a rango di principio il caso *Forrer-Niederthal c. Germania* osservando che la Corte Edu ha escluso che il divieto di un intervento retroattivo abbia carattere assoluto poiché in taluni casi ha ritenuto ammissibile

la Corte Edu è chiamata a pronunciarsi su “casi particolari e specifici ambientati in un determinato ordinamento nazionale. Ne consegue che le singole norme convenzionali, così come interpretate dalla giurisprudenza europea, “non sono sempre adatte, per la loro struttura, a essere immediatamente tradotte in norme generali e astratte, uniformemente valide per tutti gli Stati”. Così che tale attività di bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti troverebbe il suo “giudice naturale” proprio nel giudice delle leggi. È bene rilevare che tale considerazione anticipa quanto poi affermato esplicitamente dalla Corte costituzionale circa il carattere parcellizzato della tutela dei diritti apprestata dalla Corte Edu (sentenza n. 264/2012, per approfondimenti si veda Cap.3, par. B, B.2).

²⁵⁹ G. AMOROSO, *Corte di cassazione e tutela dei diritti fondamentali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisdizione nazionale e diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona. Il dialogo tra le Corti Europee, la Corte Costituzionale e la Corte di cassazione*, p. 13, relazione al convegno tenutosi a Roma, 14 novembre 2012, Aula Magna della Corte di Cassazione, (online). Nello stesso senso, M. MASSA, *Difficoltà di dialogo. Ancora divergenze tra Corte Costituzionale e Corte Europea in tema di leggi interpretative*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n.1/2012, pp. 167-174, secondo cui, il vincolo internazionale, entrando a far parte dell'ordinamento nazionale per il tramite dell'art. 117, co.1, Cost., è oggetto di bilanciamento con gli altri principi costituzionale. La portata obbligatoria del vincolo internazionale, dunque, per effetto di tale bilanciamento, potrebbe risultarne ridotta o in parte derogata.

²⁶⁰ Par. 9.

un intervento in parola²⁶¹. La Corte costituzionale però non tiene conto del fatto che l'intervento del legislatore, nel caso citato, era caratterizzato da ragioni storiche epocali (la riunificazione tedesca) piuttosto che da veri motivi di natura finanziaria.

In secondo luogo, omette di chiarire che talune delle sentenze citate avevano censurato la prassi di interventi legislativi sopravvenuti, proprio in quanto giustificati da motivi di natura finanziaria²⁶².

Pertanto, non si vede come tale richiamo possa, di fatto, essere compatibile con la norma interpretativa oggetto di censura dinanzi alla Corte. È chiaro che nel caso di specie si assiste ad una "erronea interpretazione" del metodo del precedente, in quanto, di fatto, la Corte costituzionale sceglie il precedente più idoneo a sostenere le proprie conclusioni²⁶³.

Anche tale sentenza, dunque, segna che il dialogo tra Corti sia direzionato verso una chiusura, atteso che sono adottati criteri diversi per valutare i casi in cui, nelle fattispecie concrete, sia possibile per il legislatore ingerirsi nell'amministrazione della giustizia influenzando controversie nelle quali lo Stato sia parte. Se da un lato la Corte Edu utilizza criteri più stringenti, proprio al fine di consentire in via del tutto eccezionale un'ingerenza retroattiva da parte del legislatore; in senso opposto, la Corte costituzionale adotta criteri sicuramente più elastici, posto che equipara *interessi rilevanti* (a giudizio della Corte) ai motivi imperativi di interesse generale significativi in sede europea.

È legittimo chiedersi, dunque, se anche tale sentenza sia espressione del "margine di apprezzamento" a cui ricorrere nell'applicazione e nell'interpretazione della CEDU, al fine di rispondere alle circostanze del caso concreto e tener conto dei diritti coinvolti.

²⁶¹ Par. 7. Sentenza Forrer-Niederthal c. Germania, già cit. sub-nota 133, secondo cui "la legittimità di simili interventi è stata riconosciuta, in primo luogo, allorché ricorrevano ragioni storiche epocali, come nel caso della riunificazione tedesca".

²⁶² Si veda sentenze Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia, già cit. sub-nota 215, e sentenza Zielinski e altri c. Francia, già cit. sub-nota 129.

²⁶³ Si veda sul punto, A.GUAZZAROTTI, *Usò e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007*, Relazione al seminario studi "La CEDU tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti", Università degli Studi di Perugia, 17 novembre 2011, in www.diritticomparati.it, 2011, (online). Secondo l'A. la Corte costituzionale, nella sentenza in esame, ha tentato un articolato *distinguishing* che è risultato poi smentito dalla sentenza CEDU nel caso Agrati, del 2011.

Parte della dottrina giustifica il ricorso al “margine di apprezzamento”, da parte della Corte costituzionale, come risposta “alla rinnovata aggressività caratteristica della nuova stagione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo che sembra curarsi oggi molto meno di un tempo delle peculiarità proprie delle identità nazionali, anche costituzionali, degli Stati membri”²⁶⁴. Ne consegue, dunque, che tale richiamo così come l’autonoma valutazione circa i “motivi imperativi di interesse generale” e l’esigenza di dover compiere un rinnovato bilanciamento tra interessi coinvolti, sia sintomo della volontà di riaffermare un’autonomia di giudizio e limitare l’efficacia delle decisioni della Corte Edu²⁶⁵.

È bene però rilevare che, in una prospettiva di diritto internazionale, il rifiuto di dichiarare illegittima una legge già censurata in sede europea, comporta una continua violazione delle norme CEDU e pone il problema di una possibile violazione dell’art. 46 CEDU. Ciò vale, ancorché la mancata ottemperanza alle sentenze di Strasburgo si fondi su interessi rilevanti di rango costituzionale. Invero, come è noto è precluso agli Stati di invocare una norma o un principio interno, ancorché di rango costituzionale, al fine di giustificare una violazione del diritto internazionale²⁶⁶. Ne consegue che non è possibile appellarsi alle specificità del proprio sistema per giustificare il mancato rispetto degli obblighi internazionali, atteso che “il diritto internazionale è indifferente alla struttura interna anche costituzionale dello stato”²⁶⁷.

Al contrario, la Corte costituzionale evoca la specificità dell’ordinamento interno, atteso che nel bilanciamento tra interessi ritiene soccombenti gli interessi di natura convenzionale rispetto a quelli di natura costituzionale. Giustifica così la legittimità della legge oggetto di censura alla luce di parametri costituzionali meramente interni.

²⁶⁴ O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 2009, (online), p.3.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ Art. 27 Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969 secondo cui “una parte non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato (...)”.

²⁶⁷ O. POLLICINO e V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, (online), p. 25.

B.3. La sentenza della Corte costituzionale n.15/2012.

Con la sentenza n.15/2012²⁶⁸, la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale della legge n. 122/2010 in riferimento agli articoli 3, 24, primo comma, 102, 111, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'articolo 6 della Cedu.

In via preliminare, è bene precisare che sulla questione non vi è stato un intervento della Corte Edu, (contrariamente alle diverse sentenze sul caso delle “Pensioni svizzere” e del personale “ATA”). Si pronuncia la Corte costituzionale, la quale, richiama la giurisprudenza di Strasburgo in materia di leggi d'interpretazione autentica, ricavandone, tuttavia, un principio di diritto opposto.

Oggetto della questione sono i diritti previdenziali di coloro che rivestono la carica di amministratore all'interno di una società e al contempo prestano attività lavorativa nella medesima. In particolare, si era sviluppato un notevole contenzioso in merito alla questione interpretativa (che ha portato, poi il legislatore a intervenire sul punto) riguardante la gestione previdenziale presso la quale tali soggetti dovevano obbligatoriamente iscriversi: se presso entrambe le gestioni (quella commercianti e quella separata) o se al contrario dovesse trovare applicazione la legge 662/1996²⁶⁹ che richiede l'iscrizione alla sola gestione dell'attività prevalente (quella di amministratore o quella di commerciante).

Sul punto si erano registrati due orientamenti: l'uno seguito dalla giurisprudenza di merito, al quale aderiva l'INPS che prediligeva un'interpretazione restrittiva e più favorevole all'ente medesimo, secondo cui era necessaria l'iscrizione ad entrambe le gestioni; l'altro avallato dalle Sezioni Unite²⁷⁰, intervenute a dirimere il contrasto, che al contrario seguivano la tesi della contribuzione alla sola gestione dell'attività prevalente.

²⁶⁸ Corte costituzionale, sentenza del 23 gennaio 2012, n. 15.

²⁶⁹ Legge del 23 dicembre 1996, “Misure di razionalizzazione della finanza pubblica”.

²⁷⁰ Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 12 febbraio 2010, n. 3240.

Interviene il legislatore, con la legge d'interpretazione autentica n.122/2010²⁷¹, volta a sconfessare l'orientamento oramai pacifico delle Sezioni Unite e a convalidare l'orientamento dell'amministrazione previdenziale.

Con riferimento specifico alla dedotta violazione dell'art. 117, co.1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU, il giudice remittente ritiene che la norma censurata, ponendosi in contrasto con il citato art. 6, violi il diritto della parte a un giusto processo nel significato e nella portata chiariti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in assenza di "superiori motivi di interesse generale" idonei a giustificare l'intervento del legislatore, diretto in realtà ad aumentare il gettito contributivo dell'INPS²⁷². Il legislatore, dunque, avrebbe emanato una norma interpretativa in tal modo violando il principio di "parità delle armi" tra le parti processuali.

La Corte costituzionale ritiene non fondata la questione di legittimità alla luce di argomentazioni che ripropongono nuovamente la tematica relativa al sindacato (della Corte Edu e della Corte costituzionale) sulle leggi di interpretazione autentica e sui "motivi imperativi di interesse generale" che giustificano un intervento legislativo, con effetti *ex tunc*, in controversie già pendenti.

Il ragionamento della Corte costituzionale ripete lo schema seguito nelle precedenti sentenze²⁷³. Invero, la Corte ricorda, che "il divieto di retroattività della legge, pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost."²⁷⁴. Sicché, il legislatore può emanare disposizioni retroattive, anche d'interpretazione autentica, purché "la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale» ai sensi della CEDU"²⁷⁵.

Secondo la Corte costituzionale, nel caso di specie, sussisterebbero i *motivi imperativi* che giustificano la legge d'interpretazione autentica e ne escludono la

²⁷¹ Legge 30 luglio 2010, di conversione del decreto-legge, 31 maggio 2010, n. 78 recante "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica".

²⁷² Il giudice a quo richiama la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Scordino contro Italia*, ric. n. 36813/2007.

²⁷³ Sentenza n.264/2012 (Cap. 3, par.B.2), sentenza n. 311/2009 (Cap. 4, B.2).

²⁷⁴ Par. 3.2

²⁷⁵ *Ibidem*.

contrarietà alla Costituzione. In tal caso, invero, la legge interpretativa non avrebbe una portata innovativa rispetto alle possibili interpretazioni del dato normativo, posto che avrebbe lo scopo di “ristabilire un’interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore”²⁷⁶. È bene rilevare che i motivi imperativi di interesse generale sono identificati con i principi di certezza del diritto e dell’eguaglianza dei cittadini, ovvero principi di preminente interesse costituzionale. Alla luce di tali principi, pertanto, la Corte costituzionale esclude la violazione dell’art. 3 Cost. Il legislatore altro non avrebbe fatto che “rendere vincolante un dettato comunque ascrivibile al tenore letterale della disposizione interpretata”²⁷⁷. Ciò è reso palese dal rilievo che quell’opzione interpretativa aveva trovato spazio nella giurisprudenza di merito formatasi²⁷⁸.

Con riferimento specifico alla presunta violazione dell’art. 6 CEDU per il tramite dell’art. 117 Cost., la Corte costituzionale, fermi i principi affermati dalle sentenze n. 349 e 348 del 2007, ha osservato che “la Corte di Strasburgo, pur censurando, in numerose occasioni, indebite ingerenze del potere legislativo degli Stati sull’amministrazione della giustizia, non ha inteso enunciare un divieto assoluto d’ingerenza del legislatore”²⁷⁹. Sicché, la Corte, al fine di corroborare la fondatezza delle sue argomentazioni e quindi sostenere la legittimità costituzionale della legge d’interpretazione, richiama quanto già affermato nella sentenza n. 311 del 2009²⁸⁰ e in particolare i precedenti della Corte Edu che hanno ritenuto legittimo un intervento del legislatore in controversie in corso²⁸¹. Tuttavia, come già osservato in riferimento alla

²⁷⁶ In particolare, la Corte, per dimostrare che il legislatore avesse prescelto una delle interpretazioni possibili, sottolinea che tale interpretazione era stata fatta propria tanto dalla giurisprudenza di merito, quanto da quella di legittimità. Senza poi considerare che le Sezioni Unite nel 2010 avevano escluso l’esistenza di contrasti interpretativi tra la giurisprudenza di legittimità e avevano smentito poi l’interpretazione adottata dal legislatore.

²⁷⁷ Par. 3.2.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ Par. 3.3.

²⁸⁰ Per approfondimenti si veda par. B.2.

²⁸¹ Punto 8 di diritto della sentenza n. 311/2009 nella quale la Corte costituzionale richiama *ex multis* la sentenza, Forrer-Niederthal c. Germania, già cit. sub-nota 133, ove la Corte Edu ha riconosciuto la legittimità dell’intervento retroattivo del legislatore tedesco, ancorché giustificato da ragioni storiche epocali (la riunificazione tedesca); sentenza National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito, già cit. sub-nota 129, nella quale è stato ritenuto che l’adozione di una disposizione interpretativa può essere considerata giustificata allorché lo Stato, nella logica di interesse generale di garantire il pagamento delle imposte, abbia inteso porre rimedio al rischio che l’intenzione originaria del

sentenza n. 311/2009, il richiamo integrale che la Corte compie alla giurisprudenza di Strasburgo non risulta idonea a giustificare la legittimità dell'intervento retroattivo del legislatore. Invero, le sentenze della Corte Edu richiamate sono del tutto inconferenti, atteso trattasi di precedenti nei quali l'intervento del legislatore era stato giudicato convenzionalmente conforme in quanto caratterizzato da ragioni storiche epocali (costituenti sufficienti motivi imperativi di interesse generale). In secondo luogo, la Corte costituzionale omette di chiarire che talune delle sentenze citate avevano censurato la prassi di interventi legislativi sopravvenuti, proprio in quanto giustificati da motivi di natura finanziaria.

La Corte costituzionale prosegue, così, in perfetta coerenza con il suo schema argomentativo in materia di leggi di interpretazione autentica. In primo luogo richiama la massima della sentenza Agrati²⁸² della Corte Edu nella quale viene riconosciuto uno spazio d'intervento del potere legislativo, seppur limitato alla sussistenza di motivi imperativi d'interesse generale. Tuttavia, in un secondo momento ricava dalla regola di diritto sopra enunciata un principio interpretativo differente: quello secondo cui spetta comunque uno spazio d'intervento al legislatore e alla Corte medesima nella valutazione dei "*motivi imperativi d'interesse generale nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla Convenzione europea ai singoli ordinamenti statali*"²⁸³. Invero, la Corte costituzionale osserva che "se ogni intervento retroattivo da parte del legislatore fosse considerato come indebita ingerenza allo scopo d'influenzare la risoluzione di una controversia, la regola stessa sarebbe destinata a rimanere una mera enunciazione, priva di significato concreto"²⁸⁴.

È chiaro però che la Corte non tiene conto del fatto che la Corte Edu, nel caso Agrati, aveva giudicato l'intervento del legislatore italiano non conforme

legislatore fosse, in quel caso, sovvertita da disposizioni fissate in circolari; sentenza *Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, già cit. sub-nota 215.

²⁸² Già cit. sub-nota 211, par. 58: "Se, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio di prevalenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'articolo 6 ostano, salvo che per ragioni imperative d'interesse generale, all'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia". Per approfondimenti si veda par. 1, A.1.

²⁸³ Par. 3.2

²⁸⁴ *Ibidem*.

alla CEDU, proprio alla luce di una diversa valutazione dei motivi imperativi di interesse generale. Questi erano stati individuati in mere finalità di tipo economico-finanziario, contrariamente “(...) all'obiettivo indicato dal Governo, ossia la necessità di riempire un vuoto giuridico e di eliminare le disparità di trattamento tra i dipendenti”²⁸⁵. La Corte costituzionale, infatti, sostiene che l'intervento legislativo in parola ha inteso superare una mera situazione di oggettiva incertezza, contribuendo così a realizzare principi d'indubbio interesse generale e di rilievo costituzionale, quali sono la certezza del diritto e l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge²⁸⁶.

Ne risulta, quindi, che la Corte costituzionale cela i motivi di natura finanziaria (a vantaggio della Pubblica amministrazione) dietro i principi di rilevanza costituzionale quali l'uguaglianza e la certezza del diritto, qualificandoli come “circostanza indiretta e di mero fatto, non idonea ad incidere sulla legittimità dell'intervento legislativo”²⁸⁷. La Corte, dunque, non opera apertamente il bilanciamento tra interessi in gioco, come nelle sentenze precedenti, atteso che per giustificare l'infondatezza della questione rinvia ai principi elaborati dalla giurisprudenza europea. Tuttavia, continua a porsi in totale distonia con la Corte Edu, atteso che si riserva una competenza esclusiva nell'individuazione dei motivi imperativi di interesse generale.

Potrebbe dirsi che il rinvio operato alla giurisprudenza di Strasburgo sia in linea con una “totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni”²⁸⁸. Tuttavia, ci si chiede se anche tale *modus operandi* non sia sintomo dell'esigenza, da parte della Corte costituzionale, di voler difendere il proprio ruolo di “giudice unico delle leggi”. Ciò in quanto, la Corte rinvia sì alla giurisprudenza di Strasburgo ma al fine di ricavarne principi di diritto opposti.

Ne consegue che anche tale sentenza testimonia un approccio della Corte costituzionale, diretto a limitare l'efficacia delle sentenze emanate in sede europea nonché a rivendicare una competenza esclusiva nella tutela dei diritti, attraverso una rilettura del margine di apprezzamento che, di fatto, esclude o quanto meno restringe il ruolo della Corte Edu.

²⁸⁵ Par. 64 sentenza Agrati e altri già cit. sub-nota 211.

²⁸⁶ Par. 3.3

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ Sentenza n. 349/2007, punto 6.2.

CAPITOLO 5
LA CONFISCA URBANISTICA EX ART. 44 DPR 380/2001
PER IL REATO DI LOTTIZZAZIONE ABUSIVA.

SOMMARIO: 1. La questione relativa alla natura della confisca urbanistica e la nozione autonoma di materia penale della Corte di Strasburgo. – A. La giurisprudenza della Corte Edu. – A.1. La prima sentenza sul caso di Punta Perotti. – A.2. La seconda sentenza sul caso di Punta Perotti. – A.3. Il caso Varvara c. Italia. – B. Il giudice comune si adegua alla sentenza della Corte Edu. – C. La sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale. – C.1. L'oggetto della questione di legittimità costituzionale: la legge di ratifica e di esecuzione della CEDU o la singola norma nazionale?. – C.2. Il diverso valore della giurisprudenza "consolidata" rispetto alle "pronunce isolate": le condizioni per poter sollevare questione di legittimità costituzionale.

1. La questione relativa alla natura della confisca urbanistica e la nozione autonoma di materia penale della Corte di Strasburgo.

La *quaestio iuris* interessa la diversa natura della confisca urbanistica²⁸⁹, secondo la disciplina e la giurisprudenza nazionale da un lato e la giurisprudenza europea dall'altra, e in particolare la sua compatibilità con il principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU.

Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza nazionale²⁹⁰ la confisca urbanistica ha *natura di sanzione amministrativa*. Pertanto, può essere irrogata non solo mediante una sentenza di condanna, bensì anche in caso di sentenza di proscioglimento ovvero di prescrizione del reato, a condizione però che emerga la materialità del reato (la c.d. lottizzazione abusiva²⁹¹) e che quindi il fatto costitutivo del reato, nei suoi elementi soggettivi e oggettivi, sia stato in concreto accertato. L'unico caso in cui la confisca non può essere irrogata è l'ipotesi di assoluzione con la formula "perché il fatto non sussiste". La natura amministrativa della confisca urbanistica è ribadita dalla giurisprudenza anche

²⁸⁹ Art. 19 della l. n. 47/85, oggi trasfuso nell'art. 44, co. 2, del D.P.R., 06 giugno 2001, n. 380, (T.U. dell'Edilizia).

²⁹⁰ Corte di cassazione, Sez. 3, sentenza del 16 novembre 1995; 25 giugno 1999; 15 maggio 1997 n. 331; 23 dicembre 1997 n. 3900; n. 777 del 6 maggio 1999. Inoltre con l'ordinanza n. 187 del 1998, la Corte costituzionale ha riconosciuto la natura amministrativa della confisca.

²⁹¹ Art. 30, D.P.R. n.380/2001.

con l'introduzione del DPR 380/2001 che disciplina la confisca urbanistica all'art. 44 contenente un esplicito richiamo nella rubrica alle "sanzioni penali".

Al contrario la Corte Edu, ha da sempre qualificato la confisca urbanistica²⁹², disciplinata dal diritto italiano, come sanzione penale e non amministrativa. La natura penale della confisca dipende dalla nozione autonoma e sostanziale, che la Corte Edu fornisce di *materia penale*. Non è decisiva, invero, la qualificazione formale dettata per un determinato illecito, ciò che assume rilevanza è una concezione sostanziale di penalità²⁹³. La Corte, dunque, accoglie una concezione "autonomista" di pena e di reato secondo cui le definizioni del diritto interno, costituiscono un mero punto di partenza, essendo libera la Corte di interpretare alla luce della Convenzione le nozioni di illecito penale e sanzione²⁹⁴. Per la Corte, quindi, sono considerate penali tutte le sanzioni con finalità preventive, retributive o afflittive.

È opportuno rilevare che dalla natura "penale" della misura ablativa in parola, ne discendono delle conseguenze in punto di disciplina. Invero, qualificare la confisca urbanistica come sanzione penale comporta la necessità di rispettare una serie di principi di matrice penale tra cui *in primis* il principio di colpevolezza e di legalità di cui all'art. 7 in combinato disposto con l'art. 6, par. 2, CEDU. È chiaro, infatti, che ove la confisca di cui all'art. 44 abbia natura penale, secondo quanto fino ad ora affermato dalla Corte Edu, il sistema italiano si porrebbe chiaramente in contrasto con la CEDU, atteso che consente l'applicazione della confisca prescindendo da una sentenza di condanna, ovvero ancorché il reato di lottizzazione abusiva si sia prescritto.

²⁹² Sin dalla decisione di ricevibilità del ricorso n. 75909/01 sul caso Sud Fondi, resa il 30 agosto 2007.

²⁹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi, 08 giugno 1976, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, par. 82 e 83.

²⁹⁴ Una delle prime applicazioni del principio di autonomia secondo cui la Corte dà una definizione autonoma rispetto alle qualificazioni giuridiche adottate negli ordinamenti interni si è avuta nella sentenza del 28 giugno 1978, König c. Germania, ric. n. 6232/73, par. 88 ove la Commissione ha affermato che "(...) the concept of 'civil rights and obligations' cannot be interpreted solely by reference to the domestic law of the respondent State".

Sul punto si è pronunciata dapprima la Corte Edu, con due sentenze relative al caso di Punta Perotti²⁹⁵, poi con la sentenza Varvara²⁹⁶, successivamente è intervenuta la Corte costituzionale²⁹⁷.

A. La giurisprudenza della Corte Edu

A.1. La prima sentenza sul caso di Punta Perotti.

Con la sentenza Sud Fondi c. Italia, la Corte Edu è chiamata a valutare la legittimità convenzionale della norma che disciplina la sanzione della confisca urbanistica prevista per il reato di lottizzazione abusiva, nella parte in cui consente la confisca anche in presenza di una sentenza di assoluzione dell'imputato per difetto dell'elemento psicologico²⁹⁸. In particolare, i parametri convenzionali di riferimento sono l'art. 7 CEDU e l'art. 1, Protocollo n.1 CEDU.

Secondo i ricorrenti la confisca di cui all'art. 44 del DPR 380/2001 è illegittima, in quanto il carattere "abusivo" della lottizzazione non era espressamente previsto dalla legge. La norma applicabile, quindi, violerebbe l'art. 7 CEDU, atteso che sarebbe priva delle condizioni di *accessibilità* e *prevedibilità* necessarie affinché il principio di riserva di legge in materia penale, secondo i canoni di Strasburgo, sia rispettato²⁹⁹. Inoltre i ricorrenti invocano il principio della "responsabilità penale personale"³⁰⁰ secondo cui è vietata la responsabilità per fatto altrui, atteso che la confisca era stata disposta nei loro

²⁹⁵ Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia e sentenza 10 maggio 2012, Sud Fondi (2) c. Italia, ric. n. 75909/01.

²⁹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ric. n. 17475/09.

²⁹⁷ Corte costituzionale, sentenza del 26 marzo 2015, n.49.

²⁹⁸ Invero, i responsabili delle società costruttrici, imputati per il reato di lottizzazione abusiva, venivano assolti nel 26 marzo 2001 dalla Corte di Cassazione ex art. 5 c.p., per assenza dell'elemento soggettivo dovuto ad un errore scusabile sulla legge penale, posto che la legislazione applicabile al caso di specie era estremamente complessa. Nonostante l'assoluzione, la Corte di cassazione confermava la confisca urbanistica dei terreni abusivamente lottizzati, così come prevista dall'art. 19, l. 47/1985.

²⁹⁹ Il carattere della prevedibilità comporta che sia possibile "prevedere ragionevolmente al momento della commissione del reato le conseguenze che ne derivano a livello della sanzione (...)" (par. 88).

³⁰⁰ Art. 27 Costituzione.

confronti che erano “terzi” rispetto agli imputati e tenuto conto soprattutto dell’assoluzione di questi ultimi³⁰¹.

Ciò posto, la Corte Edu osserva che la norma censurata contrastava con l’art. 7 CEDU, atteso che mancavano i requisiti di accessibilità e prevedibilità della norma che disciplinava il reato di lottizzazione abusiva, da cui poter prevedere che sarebbe stata inflitta una sanzione³⁰². In particolare richiama l’articolo 7, par.1 che sancisce il principio di legalità dei reati e delle pene. Tale principio è inteso dalla giurisprudenza della Corte in senso più ampio e meno legato al concetto di riserva di legge di matrice penale. Invero, il principio di legalità può dirsi rispettato solamente in presenza di una serie di “presupposti di garanzia”, a nulla rilevando la validità della fonte formale. Tali presupposti consistono nella *conoscibilità ex ante* della fonte normativa concepita a sua volta come *accessibilità* e *ragionevole prevedibilità* da parte dei destinatari, delle conseguenze della sua applicazione. Ne consegue, dunque, che la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono³⁰³.

Alla luce di tali premesse, la Corte motiva l’illegittimità convenzionale della norma nazionale censurata semplicemente richiamando la sentenza della Cassazione mediante la quale gli imputati nel procedimento penale erano stati assolti per “scusabilità dell’errore” ex art. 5 c.p. Invero la legge nazionale era “oscura e mal formulata” e inoltre la sua interferenza con la legge nazionale in materia aveva prodotto una giurisprudenza contraddittoria³⁰⁴.

Parallelamente la Corte si occupa della questione relativa alla *natura giuridica* della confisca urbanistica ex art. 44 DPR 380/2001. Invero, rammenta che a livello interno la misura ablatoria ha natura amministrativa³⁰⁵, dal che ne deriva la possibilità di sottrarre la sanzione in questione ai principi costituzionali che

³⁰¹ Par. 86 e par. 91. “Per di più, le ricorrenti ricordano la giurisprudenza della Corte costituzionale secondo la quale una confisca può riguardare i beni dei terzi estranei al reato solo *quando a questi ultimi si può attribuire un quid senza il quale il reato non sarebbe avvenuto o non sarebbe stato agevolato*”.

³⁰² Par. 114.

³⁰³ Par. 107.

³⁰⁴ Par. 112.

³⁰⁵ Paragrafi 65-66.

regolano la materia penale³⁰⁶. Al contrario la Corte gli attribuisce natura penale³⁰⁷.

In primo luogo è bene rilevare che la natura penale della confisca urbanistica ex art. 44 DPR 380/2001 dipende da due fattori distinti ma collegati tra loro. Da un lato la nozione autonoma di illecito e sanzione penale operata dalla Corte. Dall'altro la concezione sostanziale di materia penale.

Per quanto riguarda la *nozione autonoma di materia penale* (che ricomprende in sé quella di illecito e sanzione penale) la giurisprudenza di Strasburgo, come è noto, ne ha dato una definizione indipendente rispetto a quella del diritto interno. Questo, infatti, può assumere rilevanza solo come punto di partenza del percorso ermeneutico autonomamente compiuto dalla Corte Edu. È bene precisare, inoltre, che la nozione autonoma di materia penale fornita dalla Corte Edu, si giustifica in funzione dello scopo e dell'oggetto della Convenzione e al fine di garantire un'interpretazione uniforme della Convenzione medesima ex art. 32 CEDU in tutti gli Stati.

La *qualificazione sostanziale di materia penale*, invece, discende dal ricorso ai c.d. principi Engel³⁰⁸ mediante i quali riconoscere la natura penale di una determinata sanzione o di un determinato procedimento. Tali principi si identificano a) nella qualificazione del diritto interno; b) nella natura dell'infrazione; c) nella severità della pena.

Ciò posto, chiaro è che se la confisca urbanistica ha natura penale, troverà applicazione l'art. 7 CEDU, il quale, secondo la Corte deve essere interpretato nel senso di "esigere, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata"³⁰⁹. Invero, "sarebbe del resto incoerente (...) esigere una base legale

³⁰⁶ Par. 115.

³⁰⁷ È bene rilevare che la Corte propende per la natura penale della confisca sin dalla decisione di ricevibilità del ricorso n. 75909/01 sul caso Sud Fondi, resa il 30 agosto 2007. La Corte osserva che la sanzione prevista dall'art. 19 della legge n. 47/1985 ha natura in parte preventiva e in parte repressiva, caratteristiche proprie delle sanzioni penali. Invero tale misura tende essenzialmente a punire e non alla riparazione pecuniaria di un danno. La Corte rileva infine che "il testo unico dell'edilizia del 2001 classifica tra le sanzioni penali la confisca prevista per il reato di lottizzazione abusiva. Tenuto conto dei suddetti elementi, la Corte ritiene che la confisca in parola sia una 'pena' ai sensi dell'art. 7 della Convenzione" (pag. 18 della decisione di ricevibilità).

³⁰⁸ Dall'omonima sentenza, Engel e altri c. Paesi Bassi, già cit. sub-nota 293.

³⁰⁹ Par. 116.

accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» quando essa non era in grado di conoscere la legge penale»³¹⁰.

Sicché per le ragioni sopra esposte, la Corte Edu conclude che “un quadro legislativo che non permette ad un imputato di conoscere il senso e la portata della legge penale è lacunoso (...) rispetto alle esigenze specifiche della legalità penale. Di conseguenza, la confisca si traduce perciò in una sanzione arbitraria”³¹¹. Per tali ragioni, vi è stata violazione dell'articolo 7 CEDU.

Per quanto concerne la presunta violazione dell'art. 1, Protocollo n.1 CEDU, la Corte osserva che la norma in parola è applicabile al caso di specie, atteso che “la confisca dei terreni e degli edifici controversi (...) ha costituito una ingerenza nel godimento del loro diritto al rispetto dei beni”³¹². Se, dunque, la norma in parola consente un'ingerenza dello Stato nell'altrui diritto di proprietà, ciò nonostante questa deve avere una base legale e non essere arbitraria³¹³. Ad ogni modo, poiché la confisca inflitta ai ricorrenti era priva di una base legale, nel senso sopra chiarito dalla Corte, e per ciò solo arbitraria, deve concludersi che “l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni delle ricorrenti era arbitrario e che vi è stata violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1”³¹⁴.

Constatata la violazione della norma in parola, la Corte Edu, non si esime dal verificare in che termini vi sia stata una rottura “del giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo”³¹⁵. Ciò in ragione della gravità dei fatti oggetto della causa che impongono delle opportune considerazioni³¹⁶.

Tra le condizioni essenziali affinché l'ingerenza statale sia legittima ed espressione del “giusto equilibrio” tra contrapposti interessi, vi è il requisito della proporzionalità. In buona sostanza il mezzo attraverso il quale si esplica l'ingerenza nell'altrui diritto deve essere proporzionale al fine che si intende

³¹⁰ *Ibidem.*

³¹¹ Paragrafi 117 e 118.

³¹² Par. 125. In particolare trova applicazione il secondo paragrafo dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 che consente ai singoli Stati di emanare leggi necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.

³¹³ Par. 136.

³¹⁴ Par. 137.

³¹⁵ Par. 138.

³¹⁶ *Ibidem.*

perseguire (l'interesse pubblico). Ciò premesso, poiché non è stato riscontrato l'elemento psicologico della colpa nei ricorrenti e la portata della confisca era eccessiva senza la previsione di alcun adeguato indennizzo, viene meno la proporzione tra i mezzi utilizzati (la confisca di oltre l'85% dei terreni) e lo scopo perseguito (l'interesse pubblico)³¹⁷. Ne consegue, dunque, che anche per tale motivo “vi è stata rottura del giusto equilibrio e violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1”³¹⁸.

A.2. La seconda sentenza sul caso di Punta Perotti.

La vicenda giudiziaria prosegue nuovamente dinanzi alla Corte di Strasburgo. Le imprese costruttrici, infatti, dopo i recenti interventi della Corte di cassazione adivano una seconda volta la Corte Edu, chiedendo un'equa soddisfazione ex art. 41 CEDU, atteso che la revoca della confisca da parte dell'amministrazione aveva portato a una parziale riparazione della violazione degli articoli 7 e 1, Protocollo n.1 CEDU, come accertata dalla Corte Edu nel 2009.

Sicché con la sentenza Sud Fondi (2) c. Italia, la Corte Edu sottolinea che in virtù dell'art. 46 CEDU “lo Stato convenuto ha l'obbligo non solo di versare agli interessati le somme stabilite a titolo di equa soddisfazione, ma anche di scegliere (...) i provvedimenti di carattere generale e/o (...) individuale da inserire nel suo ordinamento giuridico interno al fine di far cessare la violazione accertata dalla Corte e di eliminarne per quanto possibile le conseguenze”³¹⁹. Così la Corte ordina al governo italiano, mediante una misura individuale ai sensi dell'art. 46 CEDU, “di rinunciare alle domande giudiziali, ad oggi pendenti nei confronti dei ricorrenti, di rimborso dei costi sostenuti dalla pubblica amministrazione per la demolizione degli edifici e per la riqualificazione dei terreni”³²⁰. Osservazione che si giustifica in quanto la pretesa del governo doveva considerarsi illegittima in virtù della non legittimità della confisca ordinata nei confronti dei ricorrenti.

³¹⁷ Par. 139-140.

³¹⁸ Par. 142.

³¹⁹ Par.61.

³²⁰ Par. 62.

A.3. Il caso *Varvara c. Italia*.

La sentenza sul caso *Varvara* si inserisce nella vicenda giudiziaria relativa ai reati di lottizzazione abusiva per i quali l'ordinamento italiano prevede la sanzione della confisca urbanistica.

Con la sentenza in parola, la Corte Edu, restringe ulteriormente l'ambito di applicazione della norma che disciplina l'applicazione della misura ablatoria. Invero, se con la prima pronuncia la Corte aveva censurato l'art. 44 DPR 380/2001, nella parte in cui consentiva la confisca anche in presenza di una sentenza di assoluzione dell'imputato per difetto dell'elemento psicologico³²¹; con la sentenza in parola, censura le ipotesi in cui, ancorché sia accertata la responsabilità dell'imputato sotto il profilo dell'elemento psicologico, la confisca sia disposta con la sentenza di proscioglimento dell'imputato per prescrizione del reato e comunque in assenza di una sentenza di condanna.

Ciò posto, dunque, la Corte Edu è chiamata a vagliare nuovamente la compatibilità dell'art. 44 del DPR 380/2001 con l'art. 7 CEDU.

In particolare, richiama il precedente giurisprudenziale nel quale aveva osservato che l'applicazione della confisca, malgrado la decisione di assolvere i ricorrenti, non aveva una base legale, era arbitraria e violava l'articolo 7 della Convenzione³²². Nel caso di specie, la Corte constata che il ricorrente aveva beneficiato di un "non luogo a procedere" e ciò nonostante gli era stata applicata la misura della confisca. Sicché il suo compito è quello di esaminare che l'applicazione di tale sanzione, in presenza di tali circostanze, non violi l'art. 7 CEDU.

In primo luogo la Corte Edu ricorda che l'articolo 7 sancisce il principio di legalità dei reati e delle pene³²³. Da tale principio ne consegue che "la legge deve

³²¹ Si veda par. A.1.

³²² Par. 58. Rinvio a *Sud Fondi S.r.l e altri c. Italia* paragrafi 112 e 114. È bene però rilevare, come visto al par. A.1. che nel caso *Sud Fondi* la Corte constata la necessità dell'accertamento della responsabilità a titolo di dolo o colpa dell'autore del reato di lottizzazione abusiva, affinché possa applicarsi la sanzione della confisca. Diversamente, nel caso *Varvara*, la Corte, al par. 70 afferma che l'art. 7 CEDU non esige necessariamente l'esistenza di un elemento psicologico in capo all'autore del reato, atteso che ciò che rileva è il titolo costitutivo dalla condanna penale, pur in difetto dell'elemento psicologico.

³²³ Par. 53. "Esso vieta in particolare di estendere il campo d'applicazione dei reati esistenti a fatti che, in precedenza, non costituivano reati, ordinando inoltre di non

definire chiaramente i reati e le pene applicabili”³²⁴. Il che implica, dunque, che la fonte legale deve essere formulata in modo tale da rendere prevedibile, per la persona sottoposta a giudizio, quali atti e omissioni implicino la sua responsabilità penale³²⁵. Inoltre ulteriore corollario del principio di legalità è “il divieto di comminare una pena senza accertamento di responsabilità”, principio rientrante anch’esso nell’articolo 7 CEDU³²⁶.

Ciò posto, la Corte Edu osserva che nel diritto nazionale, la confisca urbanistica è irrogata quando i giudici penali hanno accertato con “sentenza definitiva” che la lottizzazione è abusiva. Senza però che la normativa nazionale precisi che la sentenza definitiva debba corrispondere a una “sentenza di condanna”³²⁷. Sicché secondo l’orientamento giurisprudenziale nazionale, la norma in parola era interpretata nel senso di consentire l’applicazione della confisca urbanistica anche in assenza di una sentenza di condanna, attesa la natura amministrativa della sanzione.

La Corte Edu, al contrario, mette in discussione la natura amministrativa della confisca ex art. 44 DPR 387/2001, qualificandola come misura “intrinsecamente penale”, in ragione della sua funzione non solo preventiva bensì anche punitiva. Dalla diversa qualificazione giuridica della confisca urbanistica ne discende che la Corte “ha difficoltà a capire come la punizione di un imputato il cui processo non si è concluso con una condanna, possa conciliarsi con l’articolo 7 della Convenzione, norma che esplicita il principio di legalità nel diritto penale”³²⁸. Sicché, la Corte, alla luce della nozione autonoma di illecito (e sanzione) penale e facendo applicazione dei criteri

applicare la legge penale in maniera estensiva a scapito dell’imputato, per esempio per analogia”. Si veda, *ex multis*, sentenza del 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio.

³²⁴ Par. 54.

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ Par. 67. Si veda *ex multis* Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 1 marzo 2007, Geerings c. Paesi Bassi, par. 47.1. Relativamente all’art. 6, par.2, CEDU la Corte aveva ritenuto che “la confisca dei «benefici ottenuti illecitamente» fosse una misura inadeguata tanto più che l’interessato non era stato dichiarato colpevole del reato e che non era mai stato stabilito che avesse avuto dei benefici dal reato.” La Corte, pertanto, aveva ritenuto non compatibile con la presunzione di innocenza tale situazione così decretando la violazione dell’articolo 6, par.2, CEDU. “(...) ai fini della Convenzione non si può avere ‘condanna’ senza che sia legalmente accertato un illecito – penale (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, par. 68; Guzzardi c. Italia, 6 novembre 1980, par.100), così come non si può avere una pena senza l’accertamento di una responsabilità personale”.

³²⁷ Par. 60.

³²⁸ Par. 61.

Engel, qualifica la confisca ex art. 44 DPR 380/2001 come sanzione di natura penale. In particolare tale natura è desumibile dal collegamento della sanzione in parola con un reato accertato dal giudice penale (il reato di lottizzazione abusiva). Nonché dalla qualificazione giuridica dell'art. 44 che reca nella rubrica "sanzioni penali", dalla severità della pena e dalla finalità repressiva e preventiva della misura in parola.

Ciò posto, conseguenza di tale qualificazione è il necessario rispetto dei massimi principi che informano il diritto penale, motivo per cui "la logica della «pena» e della «punizione», depongono a favore di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali"³²⁹. Dal che si desume, dunque, che l'applicazione di tale misura non può prescindere da una sentenza di condanna, pena la violazione dell'art. 7 CEDU.

In conclusione, ne consegue che contrasta con i principi di legalità penale, così come intesi dalla Corte, comminare la sanzione penale della confisca senza un previo accertamento della responsabilità con sentenza di condanna ovvero quando il reato era estinto³³⁰. Pertanto, "la sanzione controversa non è prevista dalla legge ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione ed è arbitraria"³³¹.

È bene rilevare che ove si tenga conto dell'uso che la Corte fa dei concetti autonomi di "materia penale", "sanzione", "condanna", la sentenza in parola non dovrebbe avere un'eco di grande rilievo³³². Infatti, la Corte, si è limitata semplicemente a utilizzare il metodo interpretativo che le è proprio senza da esso discostarsene.

B. Il giudice comune si adegua alla sentenza della Corte Edu.

Alla luce della prima sentenza sul caso di Punta Perotti³³³, interviene la Corte di cassazione³³⁴ che conferma il precedente orientamento giurisprudenziale

³²⁹ Par. 71.

³³⁰ Par. 72.

³³¹ *Ibidem*.

³³² V. ZAGRELBESKY, *Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC)*, 2015, (online).

³³³ Sentenza Sud Fondi c. Italia, già cit. sub-nota 295.

³³⁴ Corte di cassazione, sentenza 11 maggio 2010.

circa la natura amministrativa della confisca urbanistica. Tuttavia, riconosce la legittimazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri a richiedere la revoca della confisca urbanistica in sede esecutiva.

Nonostante ciò la Corte di Cassazione ammette, in via generale, l'applicabilità della confisca anche quando non vi sia stata una sentenza di condanna, ma una sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato. Tuttavia, al fine di adeguarsi alla giurisprudenza della Corte Edu, afferma l'esigenza di accertare la sussistenza della colpevolezza. Pertanto anche la sanzione amministrativa non può essere applicata nei confronti dei soggetti in buona fede, atteso che è necessario che sussista, quantomeno, l'elemento psicologico della colpa.

È chiaro che così facendo la giurisprudenza interna si adegua alla precedente sentenza di Strasburgo, nella quale si censurava la norma nazionale nella parte in cui consentiva la confisca, anche in presenza di una sentenza di assoluzione dell'imputato, per difetto dell'elemento psicologico.

C. La sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale.

La sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015 di inammissibilità di due questioni di legittimità costituzionale, presentate dalla Cassazione³³⁵ e dal Tribunale di Teramo³³⁶, “chiude” la questione relativa alla confisca urbanistica e rappresenta una tappa fondamentale sul valore della CEDU nell'ordinamento italiano tramite il giudizio di costituzionalità ex art.117, co.1, Cost.

A seguito della sentenza della Corte Edu, vengono sollevate due questioni di legittimità costituzionale dell'art. 44 DPR 380/2001, così come interpretato nel caso Varvara³³⁷, per contrasto con gli articoli 117 e 42 Cost. È bene, però, rilevare che diverse sono le osservazioni poste a fondamento delle ordinanze di rimessione da parte dei giudici remittenti.

Da un lato, il Tribunale di Teramo³³⁸ chiede alla Corte costituzionale di superare il diritto vivente della Cassazione e quindi l'orientamento consolidato

³³⁵ Ordinanza di rimessione del 30 aprile 2014, III Sezione.

³³⁶ Ordinanza 17 gennaio 2014.

³³⁷ Per approfondimenti si veda sub-par. A.3.

³³⁸ Per approfondimenti sull'ordinanza di rimessione si veda A.GALLUCCIO, *La confisca urbanistica ritorna alla Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, (online).

secondo cui la confisca urbanistica è applicabile prescindendosi da una sentenza di condanna. Tale richiesta, pertanto, implica la necessità di garantire la conformità del diritto interno ai principi fissati in sede europea.

Dall'altro, la Corte di cassazione³³⁹ chiede di confermare il diritto vivente della giurisprudenza interna, per il tramite dei valori costituzionalmente rilevanti, di fronte all'invadenza dei giudici di Strasburgo. Invero, la Cassazione ritiene che la sentenza Varvara “abbia modificato il contenuto della disciplina italiana in oggetto impedendo al giudice di disporre la confisca in presenza di una declaratoria di prescrizione che non comporti per sua natura l'accertamento di responsabilità individuali”. Tale impatto travolgerebbe le disposizioni costituzionali elevando la soglia di protezione del diritto di proprietà, ben al di là della sua “funzione sociale”, e a discapito degli altri interessi tutelati in simili fattispecie di confisca, quali il paesaggio, la salute, l'ordinato assetto urbanistico. Da queste considerazioni, la Cassazione fa discendere la richiesta alla Corte costituzionale di azionare i c.d. “controlimiti” ovvero i principi e i valori costituzionali del nostro ordinamento prevalenti sul sistema CEDU, ivi compreso l'obbligo ex art. 117, co.1, Cost.

C.1. L'oggetto della questione di legittimità costituzionale: la legge di ratifica e di esecuzione della CEDU o la singola norma nazionale?

La Corte costituzionale dichiara inammissibili entrambe le questioni prospettate.

La questione di legittimità costituzionale, infatti, avrebbe per oggetto erroneamente l'art. 44, co. 2, del DPR n. 380 del 2001, anziché la legge 4 agosto 1955, n. 848³⁴⁰, “nella parte in cui con essa si è conferita esecuzione ad una norma reputata di dubbia costituzionalità, ovvero al divieto di applicare la confisca urbanistica se non unitamente ad una pronuncia di condanna penale”³⁴¹. La Corte ricorda che in virtù del carattere sub-costituzionale della

³³⁹ Per approfondimenti sull'ordinanza di rimessione si veda F.VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. Pen., sez. III, ord.30 aprile 2014)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n.3-4/2014 pp. 277 e ss.; A.DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: questione di costituzionalità o di sfiducia verso il sistema?*, in *Archivio penale* n. 1/2015, pp.1 e ss.

³⁴⁰ Legge di ratifica ed esecuzione della CEDU.

³⁴¹ Par. 4.

CEDU, l'eventuale dubbio di costituzionalità, deve venire prospettato con riferimento alla legge nazionale di adattamento³⁴².

Già da tale prima osservazione emerge un cambio di orientamento da parte della Corte. Invero, a partire dalle c.d. sentenze gemelle del 2007, le eccezioni sollevate dinanzi alla Corte costituzionale, nei casi in cui non fosse possibile un'interpretazione conforme da parte dei giudici comuni, avevano ad oggetto specifiche norme di legge ordinaria direttamente contrastanti con la CEDU³⁴³. Il mutato orientamento ha portato parte della dottrina³⁴⁴ a interrogarsi sulle possibili conseguenze discendenti dalla necessità di sottoporre al giudizio di costituzionalità la legge di ratifica della CEDU. In primo luogo, ci si chiede se i giudici remittenti d'ora in avanti saranno tenuti a sottoporre all'esame della Corte la legge di ratifica della Convenzione e se, quindi, la Corte dichiarerà inammissibili tutte le eccezioni formulate con l'indicazione di singole norme di legge nazionale. Inoltre ove la Corte dichiari l'incostituzionalità (*in parte qua*) della legge di ratifica della Convenzione ci si chiede che conseguenza assumerebbe tale declaratoria di incostituzionalità, seppur parziale nei confronti delle Istituzioni europee³⁴⁵. La dottrina a tal proposito osserva che non potrebbe trattarsi di un'apposizione tardiva di una riserva, attesa l'incompatibilità con quanto previsto dall'art. 57 CEDU che consente una formulazione della riserva solo al momento della firma della Convenzione o

³⁴² *Ibidem*. In particolare, “la pretesa antinomia venutasi a creare tra il diritto nazionale interpretato in senso costituzionalmente orientato, (...) e la CEDU, che esprimerebbe una regola opposta, avrebbe perciò dovuto essere risolta ponendo in dubbio la legittimità costituzionale della legge di adattamento, in quanto essa permette l'ingresso nell'ordinamento italiano di una simile regola”.

³⁴³ Nelle sentenze n.348 e 349/2007 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis, co.1 e 2, del d.l. 11 luglio 1992, n. 333 convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 per contrasto con l'art. 6 CEDU. È bene ricordare, inoltre, che in tali pronunce la Corte, si è limitata a osservare che essa “(...) ha il dovere di provvedere, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano”, senza tuttavia puntualizzare quale sia l'oggetto della declaratoria di illegittimità costituzionale. A tali sentenze hanno fatto seguito la sentenza n.311/2009 ove oggetto di censura era la legge 266/2005 per contrasto con l'art. 6 CEDU; o ancora la sentenza n. 264/2012 ove oggetto della questione di legittimità costituzionale è sempre stata una legge ordinaria, la n. 296/2006.

³⁴⁴ V.ZAGRELBESKY, *Corte cost. n. 49/2015*, già cit., sub-nota 332.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 10. L'A., infatti, ricorda che “la partecipazione al sistema europeo di protezione dei diritti umani di cui la Convenzione è il fondamento, è condizione di appartenenza non solo al Consiglio d'Europa, ma anche all'Unione Europea”.

del deposito dello strumento di ratifica³⁴⁶. Inoltre, nel caso di specie si tratterebbe di una riserva all'art. 7 CEDU, non consentita tantomeno in tempo di guerra o di pericolo per la nazione (art. 15 CEDU), atteso che concerne un diritto assoluto inderogabile. Se ne desume, dunque, che un'eventuale declaratoria di incostituzionalità della legge di ratifica costituirebbe la "premessa di continue violazioni degli impegni derivanti dalla partecipazione al sistema della Convenzione da parte dell'Italia"³⁴⁷.

C.2. Il diverso valore della giurisprudenza "consolidata" rispetto alle "pronunce isolate": le condizioni per poter sollevare questione di legittimità costituzionale.

Ciò posto, con la sentenza in parola la Corte costituzionale compie delle puntualizzazioni in merito ai rapporti tra Corti e in particolare tra ordinamento nazionale e sovranazionale.

In primo luogo, la Corte osserva che è errato presupporre, come fa il giudice remittente, che "competa alla Corte di Strasburgo determinare il significato della legge nazionale, quando, al contrario, il giudice europeo si trova a valutare se essa, come definita e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni della CEDU"³⁴⁸. Sicché è "la CEDU, e non la legge nazionale, a vivere nella dimensione ermeneutica che la Corte EDU adotta in modo costante e consolidato"³⁴⁹. Invero, l'obbligo di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU (che grava sui giudici comuni) "è subordinato al *prioritario* compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU"³⁵⁰. Se, dunque, in taluni casi, è possibile "una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe le fonti" al fine di tutelare i diritti inviolabili

³⁴⁶ Inoltre, è bene ricordare che l'Italia, nel ratificare la Convenzione, non ha apposto riserve all'efficacia della Convenzione né tantomeno sul punto della giurisdizione della Corte e degli effetti delle sue sentenze.

³⁴⁷ V. ZAGRELBESKY, già cit., sub-nota 332, p. 10.

³⁴⁸ Par. 4.

³⁴⁹ *Ibidem.*

³⁵⁰ *Ibidem.*

dell'uomo, quando ciò non sia possibile, il giudice ha una sola via da percorrere: “deve dare obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana”³⁵¹.

Tralasciando tali osservazioni che ribadiscono in forma più accentuata (rispetto alle prime sentenze) l'esigenza che le norme CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, siano sottoposte al vaglio del rispetto della Costituzione, l'apporto innovativo della sentenza in parola è un altro. Esso consiste nella bipartizione tra “giurisprudenza consolidata” e pronunce “ancora isolate” o comunque non espressive di un orientamento omogeneo della Corte EDU. Invero, la Corte introduce il concetto di “carattere consolidato” della giurisprudenza di Strasburgo quale condizione dell'intervento della Corte costituzionale nella valutazione della compatibilità della norma italiana con la CEDU. Il punto centrale e innovativo si ritrova, dunque, nell'affermazione 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”³⁵². In altri termini, l'obbligo d'interpretazione conforme alla norma convenzionale sussiste solo in presenza di una giurisprudenza europea consolidata e non in tutti gli altri casi. Pertanto, qualora il giudice comune si interroghi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, “va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un «diritto consolidato», è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale”³⁵³. Dunque, in queste ipotesi il giudice ordinario potrà limitarsi a un'interpretazione “costituzionalmente orientata” senza necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co.1, e senza tener conto dell'interpretazione fornita dalla Corte EDU.

³⁵¹ *Ibidem.*

³⁵² Par. 7.

³⁵³ *Ibidem.*

Secondo la Corte costituzionale, pertanto, la sentenza Varvara non può considerarsi espressione di un principio di diritto consolidato³⁵⁴. Per quanto riguarda la definizione di “diritto consolidato”, la Corte costituzionale ammette che non sempre sarà “di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari e formatesi riguardo a ordinamenti giuridici differenti da quello italiano”³⁵⁵. A tale riguardo, dunque, elabora una sorta di carta dei criteri per riconoscere il carattere *non consolidato della giurisprudenza* di Strasburgo: “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”³⁵⁶. In questi casi, secondo la Consulta, non vi sarà alcuna ragione che “obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una «sentenza pilota» in senso stretto”³⁵⁷. È bene però da subito rilevare che le “sentenze pilota”, non hanno una particolare forza vincolante rispetto alle altre pronunce. Invero la procedura che conduce all’emanazione di una sentenza pilota si caratterizza per il fatto che è volta a constatare l’esistenza di una “violazione ripetuta e strutturale” in uno degli Stati parte. La Corte, dunque, si pronuncia solo su uno dei casi ripetitivi derivanti dallo stesso oggetto in causa, sospendendo la

³⁵⁴ *Ibidem*, “(...) i rimettenti erroneamente hanno ritenuto di essere obbligati a recepire il principio di diritto che avevano ricavato dalla sentenza Varvara. In tal modo essi hanno attribuito all’art. 7 della CEDU un significato non immediatamente desumibile da tale disposizione, benché la pronuncia appena citata non fosse, con ogni evidenza, espressione di *un’interpretazione consolidata* nell’ambito della giurisprudenza europea”.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Ibidem*.

trattazione degli altri casi pendenti e la cui trattazione viene rimessa ai rimedi interni. Sicché dal punto di vista giurisprudenziale la sentenza pilota spesso si limita a riprendere precedenti non contestati³⁵⁸.

Per quanto concerne la “carta dei criteri” individuata dalla Corte per riconoscere il carattere non consolidato della giurisprudenza europea, questa lascia alquanto perplessi. Ciò che risulta poco chiaro è il perché, ad esempio, sia inserito tra tali indici che la decisione promani da una sezione semplice e non abbia ricevuto l’avallo della Grande Camera. Invero, anche le decisioni delle sezioni semplici acquistano carattere definitivo decorsi tre mesi dalla loro pubblicazione, con la conseguenza che non è più possibile ricorrere alla Grande Camera. In questo modo si finisce, dunque, per sminuire la portata delle decisioni delle sezioni semplici nel momento in cui diventano definitive, atteso che non potranno mai considerarsi *giurisprudenza consolidata* ove, ancorché divenute definitive, non abbiano ricevuto l’avallo della Grande Camera.

Ulteriore perplessità è data dalla ricorrenza di opinioni dissenzienti. Quand’è che l’esistenza di un’opinione dissenziente nel giudizio finale della Corte può escludere o quantomeno ridurre la portata vincolante di una sentenza? È bene chiedersi, dunque, quante e quali opinioni dissenzienti siano necessarie, atteso che la Corte costituzionale non specifica nulla in tal senso. Inoltre deve escludersi che una sentenza nella quale siano presenti opinioni dissenzienti, ancorché resa a maggioranza, abbia un’efficacia vincolante minore, salvo le ipotesi nelle quali tali *dissenting opinions* diventino maggioritarie³⁵⁹. Precisazione, quest’ultima che la Corte ha omissa.

Non sono indicati, poi, i criteri mediante i quali poter riconoscere il *carattere “consolidato”* della giurisprudenza di Strasburgo. La Corte si limita ad affermare che “la nozione stessa di giurisprudenza consolidata trova riconoscimento nell’art. 28 della CEDU, a riprova che, anche nell’ambito di quest’ultima, si ammette che lo spessore di persuasività delle pronunce sia soggetto a sfumature di grado, fino a quando non emerga un «well-established case-law»”³⁶⁰. Anche il richiamo all’art. 28 suscita delle perplessità, atteso che tale disposizione si occupa delle competenze dei comitati, previsti allo scopo di alleggerire i lavori

³⁵⁸ V.ZAGRELBESKY, già cit., sub-nota 332.

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ Par. 7.

delle Sezioni e che si pronunciano su sentenze definitive (escludendo, quindi, che sia ammissibile un ricorso alla Grande camera). Pertanto non si comprende il motivo per cui la Corte “abbia voluto trarre conclusioni di portata generale da norme specificamente legate alla particolare natura dei comitati”³⁶¹.

Un indicatore della “giurisprudenza consolidata” può sicuramente desumersi *a contrario* dalla circostanza che trattasi di sentenze della Grande Camera. Invero la Corte nel definire quali sono i casi in cui la giurisprudenza di Strasburgo è “isolata” e “non consolidata” ricorda “la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera”³⁶². Anche tale affermazione non può andare esente da critiche. Invero le sentenze della Grande Camera sono deputate principalmente a risolvere un precedente contrasto giurisprudenziale su una specifica questione, non assumendo per ciò solo “una particolare forza vincolante, maggiore di quella propria dei precedenti formati dalle sentenze delle Camere”³⁶³. Soprattutto alla luce del fatto che vi sono questioni che si presentano raramente con la conseguenza che poche sono le sentenze che si pronunciano sul punto, tuttavia non per questo può negarsi il loro carattere consolidato³⁶⁴.

Inoltre, difficilmente si spiega la ragione per cui la Corte costituzionale ha escluso la natura consolidata della giurisprudenza *Varvara*. Invero, la Corte non sembra tener conto del fatto che il principio, secondo cui la confisca urbanistica applicata mediante sentenza dichiarativa della prescrizione del reato, viola i principi ex art. 7 CEDU, era già stato enunciato dalla Corte Edu³⁶⁵. Non si è, dunque, in presenza di un principio isolato e non consolidato. Tuttavia, la Corte costituzionale si limita a valorizzare la presenza di un’opinione dissenziente, tale per cui il principio di diritto della sentenza *Varvara* non poteva entrare a far parte di una giurisprudenza consolidata. Ad ogni modo, potrebbe dirsi che l’interpretazione della sentenza *Varvara* non può considerarsi definitiva e consolidata a seguito del rifiuto della Corte EDU di

³⁶¹ D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni Costituzionali*, n.2/2015, p. 402.

³⁶² Par. 7.

³⁶³ V.ZAGRELBESKY, già cit., sub-nota 332, p. 5.

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ Corte Europea dei diritti dell’uomo, sezione I, sentenza 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, ric. n. 42132/06.

conferimento della questione alla Grande Camera. Infatti, la Seconda Sezione della Corte EDU nel Caso Hotel Promotion Bureau S.r.l. e a. c. Italia³⁶⁶ ha deciso il 25 marzo 2015 di sottoporre la stessa identica questione alla Gran Camera. Tale rinvio sottintende l'intenzione di una pronuncia definitiva sul tema del rapporto tra confisca urbanistica e declaratoria di prescrizione³⁶⁷.

Ciò posto, è bene rilevare che l'insufficiente determinatezza nella descrizione di tali indici e nella bipartizione tra carattere consolidato o isolato della giurisprudenza, rimette al giudice comune un arduo compito senza che egli abbia a disposizione gli strumenti necessari. La Corte costituzionale, dunque anche in tale pronuncia sembra voler selezionare le occasioni di rinvio alla giurisprudenza della Corte EDU e fa uso di quella dottrina del "margine di apprezzamento" lasciato agli Stati contraenti seppur con limiti e presupposti diversi.

È chiaro che l'elemento di novità introdotto dalla Corte costituzionale che distingue tra "giurisprudenza consolidata" e "isolata", impone di doversi interrogare sulla compatibilità di "una tale giurisprudenza con gli obblighi convenzionali, in particolare con l'art. 46 CEDU e, più in generale, con il basilare principio di buona fede nel rispetto di quegli stessi obblighi"³⁶⁸. Sembrerebbe, dunque, che la Corte abbia voluto "porre alcuni limiti, al rispetto delle sentenze europee, nei casi in cui queste possano essere confliggenti con interessi costituzionalmente tutelati" (come nel caso di specie ove viene in rilievo il diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost.)³⁶⁹.

³⁶⁶ Ric. n. 34163/07.

³⁶⁷ F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di penelope, Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, (online).

³⁶⁸ P.MORI, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *SIDI blog*, 2015, (online). L'A. si domanda se l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo derivante dall'art. 46 CEDU, si pone "solo per il giudice comune «che abbia definito la causa (...)» (par. 7) o piuttosto non grava sullo Stato e quindi su tutti i suoi organi, *in primis*, quelli giurisdizionali almeno ogni qualvolta si trovino ad applicare le stesse disposizioni normative?". La Corte non ha preso posizione sul punto, anzi, come puntualmente sottolineato dall'A. sembrerebbe aver "sorvolato con disinvoltura".

³⁶⁹ A. DEL VECCHIO, già cit. sub-nota 257, p. 220. Secondo l'A. la Corte avrebbe introdotto "parametri di ampia discrezionalità nel comportamento dei giudici comuni, i quali sono autorizzati a non ritenersi automaticamente obbligati al rispetto delle sentenze emesse dalla Corte EDU, ma a poterne valutare l'esecutività nell'ordinamento italiano in numerosi casi, in base ad alcune loro caratteristiche". Di conseguenza la Corte selezionando e limitando le occasioni di rinvio alla Corte Edu e

In conclusione, contrariamente allo schema delle sentenze gemelle, in tale sentenza, è emersa, in modo più esplicito rispetto al passato, la volontà della Corte costituzionale di non-riconoscere la natura di parametro subcostituzionale alle norme CEDU. E' legittima pertanto la domanda posta in dottrina se, anche in tale occasione come in quelle precedenti, non possa parlarsi di veri e propri "contro-limiti" all'efficacia delle norme convenzionali³⁷⁰. A maggior ragione si ricordi quanto precedentemente affermato dalla Corte secondo cui tra "gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione"³⁷¹, con ciò riconoscendo la necessità di un dialogo tra Corti al fine di garantire una adeguata tutela multi-livello dei diritti. Dialogo che, in tale occasione, sembra venire meno, atteso che la Corte costituzionale seleziona ulteriormente le ipotesi di rinvio alla giurisprudenza della Corte Edu³⁷².

alla sua giurisprudenza, ha inteso "garantire a sé e ai giudici comuni il potere di scegliere se e in che modo dare esecuzione alla giurisprudenza europea".

³⁷⁰ B. CONFORTI, già cit. sub-nota 183.

³⁷¹ Sentenza n. 348 del 2007, par. 4.6.

³⁷² Si veda D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca*, già cit. sub-nota 361, Secondo l'A. la Corte, con tale sentenza, sembrerebbe aver ricostruito "i rapporti tra Costituzione e CEDU e tra Corte Costituzionale e Corte di Strasburgo di tipo 'piramidale', ponendo al vertice la Carta Costituzionale, tanto da chiedersi cosa rimanga della giurisprudenza inaugurata con le c.d. sentenze gemelle del 2007".

CAPITOLO 6

LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

SOMMARIO: 1. Procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. – A. La giurisprudenza della Corte Edu: il caso SH e altri c. Austria. – B. La Consulta rimette la questione di legittimità ai giudici *a quo* alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte Edu. – C.1. La sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014. – 2. Il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per coppie non sterili o infertili. – A. La giurisprudenza della Corte Edu: il caso Costa- Pavan. – B. La “disapplicazione” della legge 40/2004 da parte del giudice di merito per contrasto con la CEDU. – C. La giurisprudenza della Corte costituzionale. – C.1. La sentenza n. 96/2015. – C.2. La sentenza n. 229/2015. – 3. Il divieto di sperimentazione sugli embrioni per finalità di ricerca scientifica. – A. La giurisprudenza della Corte Edu: il caso Parillo c. Italia. – B. La giurisprudenza della Corte costituzionale. – B.1. La Corte sospende la decisione di costituzionalità, in attesa della sentenza sul caso Parillo. – B.2. La sentenza n. 84/2016.

1. Procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Un ulteriore profilo di interferenza tra Corti si ravvisa nella materia della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Le due Corti sono chiamate a pronunciarsi, rispettivamente, sulla compatibilità con la Costituzione e con la CEDU, di disposizioni di legge differenti. Se da un lato, la Corte Edu è chiamata a valutare la conformità alla CEDU della legge austriaca³⁷³; diversamente la Corte costituzionale si pronuncia sulla legittimità costituzionale della legge italiana n.40/2004³⁷⁴.

Ciò nonostante, il profilo di interferenza si ravvisa nell’omesso richiamo al parametro dell’art. 117, co.1 Cost. e alla giurisprudenza della Corte Edu nel giudizio di legittimità pendente dinanzi alla Corte costituzionale. Parametro che, al contrario, viene invocato dal giudice remittente in combinato disposto

³⁷³ Fortpflanzungsmedizingesetz, n. 275/1992, che prevede un divieto assoluto di utilizzo di ovuli provenienti da donatrici, così come un divieto di utilizzo di sperma donato, nei casi in cui si faccia ricorso alla tecnica della fecondazione in vitro.

³⁷⁴ Legge 19 febbraio 2004, n.40 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. Sentenza del 9 aprile 2014, n.162. In particolare oggetto di censura è l’art. 4, ultimo comma della legge in parola che sancisce il divieto di fecondazione eterologa.

con l'art. 8 CEDU e che la Corte costituzionale ritiene non conferente ai fini dell'esame della questione ad essa sottoposta.

Si esaminerà, in primo luogo, la giurisprudenza della Corte Edu sul divieto di fecondazione eterologa della normativa austriaca, in quanto parametro interpretativo richiamato, poi, dalla stessa Corte costituzionale. Si proseguirà, poi, nell'esame delle due pronunce della Corte costituzionale che enunciano principi tra loro totalmente discordanti e contraddittori.

A. La giurisprudenza della Corte Edu: il caso SH e altri c. Austria.

Con la sentenza SH e altri c. Austria³⁷⁵, la Grande Camera ha giudicato la legge austriaca sulla fecondazione eterologa compatibile con gli articoli 8 e 14 CEDU³⁷⁶, contrastando quella che era stata la decisione della Prima Sezione³⁷⁷.

Oggetto del ricorso dinanzi alla Grande Camera è la legge austriaca sulla fecondazione medicalmente assistita che sancisce un divieto assoluto di utilizzo di ovuli provenienti da donatrici, così come un divieto di utilizzo di sperma donato, nei casi in cui si faccia ricorso alla tecnica della fecondazione in vitro.

Secondo i ricorrenti originari la legislazione nazionale viola l'art. 8 CEDU, atteso che comporta un'interferenza illegittima nel diritto a fondare una famiglia. Invero, la legislazione "è incoerente e illogica nel suo divieto assoluto di fecondazione eterologa (...)"³⁷⁸, atteso che creava una distinzione di trattamento fra coppie sterili, priva di giustificazioni.

³⁷⁵ Corte europea dei diritti dell'Uomo, Grande Camera, sentenza del 3 novembre 2011, SH e altri c. Austria, ric. n. 57813/00.

³⁷⁶ In particolare la Corte rileva che "(...) the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life. Article 8 of the Convention therefore applies to the present case." (par. 82).

³⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione I, del 1 aprile 2010, S.H e altri c. Austria, ric. n. 57813/00. La Corte si era pronunciata favorevole ai ricorrenti, dichiarando che la legge austriaca sulla fecondazione medicalmente assistita si poneva in contrasto con gli articoli 8 e 14 CEDU. In particolare, aveva sottolineato che "non c'è un obbligo per uno Stato di emanare una normativa del genere né un obbligo di permettere la procreazione artificiale. Tuttavia, una volta che è stato deciso di consentire la procreazione artificiale, la normativa concepita per tale materia deve essere formata in un modo coerente che permetta ai diversi interessi coinvolti di essere presi in considerazione adeguatamente ed in conformità con gli obblighi discendenti dalla Convenzione" (par. 74).

³⁷⁸ Par. 59.

Proseguono i ricorrenti osservando che, nella regolamentazione della questione, non potesse residuare alcun margine di discrezionalità in capo agli Stati contraenti, posto che la materia coinvolge “l’importanza del diritto di fondare una famiglia e di procreare”³⁷⁹.

In via preliminare, la Corte Edu nel decidere sulla questione, valuta l’applicabilità dell’art. 8 CEDU al caso di specie. Si chiede, dunque, entro che limiti e se le condizioni fissate dalla legislazione nazionale sulla fecondazione medicalmente assistita rappresentino un’interferenza nella vita privata, non consentita dalla norma in parola, se non nei casi espressamente previsti dalla legge e quando sia necessaria per la tutela di peculiari interessi.

Come è noto, la Corte nella sua costante giurisprudenza, ha osservato che l’art. 8 CEDU impone in capo ai singoli Stati contraenti tanto obblighi positivi che negativi. Questi ultimi consistono nel divieto di ingerenza nell’altrui sfera privata, imponendo, dunque, un obbligo di astensione. I primi, al contrario, impongono allo Stato di intervenire, se necessario, con conseguente condanna per violazione dell’art. 8 CEDU, in caso di inottemperanza all’obbligo positivo su di essi gravante. Tuttavia, “i confini tra gli obblighi positivi e negativi di cui all’art. 8 non si prestano a una definizione precisa” atteso che è necessario tener conto del giusto equilibrio tra gli interessi in gioco³⁸⁰. Poiché il diritto delle coppie di ricorrere alla fecondazione assistita rappresenta un’interferenza nella vita privata dei singoli (art. 8, par. 2), compete alla Corte verificare se tale interferenza sia legittima e giustificata da interessi peculiari quali la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Ciò nonostante, “il compito della Corte non è di sostituirsi alle autorità nazionali competenti nel determinare la politica più appropriata per la regolamentazione delle questioni in materia di procreazione assistita”³⁸¹, soprattutto se vengono in rilievo considerazioni morali o sociali.

Invero, per le cause concernenti l’art. 8 CEDU, è necessario valutare la maggiore o minore ampiezza del margine di discrezionalità concessa agli Stati che preclude un intervento diretto della Corte. Se vengono in gioco “(...) aspetti dell’esistenza o dell’identità di un individuo, il margine consentito allo Stato è

³⁷⁹ Par. 57.

³⁸⁰ Par. 87.

³⁸¹ Par. 92.

di norma limitato³⁸². Se, invece, non esiste alcun consenso tra gli Stati aderenti, il margine è più ampio³⁸³. In linea di principio, invero, le autorità nazionali si trovano in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi “(...) sulla necessità di una limitazione” alle parti in causa³⁸⁴.

Nel caso di specie, la Corte rileva che data la delicatezza delle questioni di ordine etico e morale coinvolte e data l’assenza di un consenso omogeneo tra gli Stati membri, questi ultimi dispongono di un margine di discrezionalità ampio che “comprende tanto l’an che il *quomodo* dell’intervento statale”³⁸⁵. La Corte, dunque, ricorrere alla dottrina del *margine di apprezzamento*³⁸⁶.

Ne consegue che il fulcro della questione, posta all’attenzione della Corte, consiste nello stabilire se il legislatore nazionale abbia o meno superato il margine di discrezionalità concessogli. In buona sostanza di verificare la compatibilità con la Convenzione delle soluzioni adottate a livello nazionale sia pure entro limiti ristretti³⁸⁷.

³⁸² Par. 94. Secondo la Corte, il margine di apprezzamento degli Stati può essere limitato da un consenso emergente nelle legislazioni degli Stati contraenti, purché tale consenso sia fondato su principi consolidati nel tempo (la Corte parla di “long-standing principles”). In senso analogo, si veda altresì, Corte europea dei diritti dell’uomo (Grande Camera), sentenza del 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*, ric. n. 6339/05, “Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider” (par. 77). Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza dell’11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ric. n. 28957/95, par. 85.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ *Ibidem*.

³⁸⁵ Par. 94 - 97. In particolare, secondo la Corte Edu, non può accogliersi l’argomentazione dei ricorrenti secondo cui, in tali materie, proprio per l’importanza del diritto a una famiglia e del diritto a procreare, gli Stati non godono di un alcun margine di apprezzamento.

³⁸⁶ Per approfondimenti sulla dottrina del margine di apprezzamento si veda Parte I, cap.2. Ad ogni modo, è bene ricordare che parte della dottrina giustifica il ricorso al margine di apprezzamento in quanto la Corte è consapevole delle forti critiche ricevute in anni recenti da parte degli Stati membri per il suo “attivismo” in ambiti particolarmente sensibili per una società, quale quella europea, dove le contrapposizioni fra valori etici diversi si fanno sentire più profonde ed evidenti. Per tali ragioni, i giudici di Strasburgo “paiono avvertire l’esigenza di ‘calmare le acque’ e assicurare gli Stati sull’equilibrio del sistema europeo di tutela dei diritti umani, attraverso il ricorso al noto concetto di margine apprezzamento”. Si veda, A. VIVIANI, *Il diritto di fondare una famiglia, la fecondazione assistita e i ... passi indietro della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6 n.1/2012, p.198.

³⁸⁷ Par. 94 e 96.

La *Grande Chambre*, quindi, ha concluso che proprio in virtù del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati contraenti nella materia in parola “il legislatore austriaco non ha ecceduto il margine di discrezionalità concessogli”³⁸⁸. Sicché la legge sulla fecondazione eterologa è compatibile con il diritto al rispetto della vita privata e familiare contenuto nell’art. 8, par. 2 CEDU.

Ciò posto, è bene rilevare come il ricorso al margine di apprezzamento, se da un lato, si giustifica in ordine all’esigenza primaria di consentire un bilanciamento tra opposti interessi in gioco: quelli al rispetto della vita privata e familiare (par. 1 art. 8 CEDU) e quelli di cui al par. 2 che legittimano un’interferenza negli interessi di cui sopra. Dall’altro, parte della dottrina, critica tale approccio, ritenendo che rappresenti “un *escamotage* per non prendere posizione su questioni che paiono complesse e delicate”³⁸⁹.

B. La Consulta rimette la questione di legittimità ai giudici *a quo* alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte Edu.

In un primo momento, l’importanza di un dialogo tra Corti, necessario per garantire una tutela multilivello dei diritti, è confermata dalla stessa Corte costituzionale.

I giudici *a quibus* sollevano questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, l. n. 40/2004³⁹⁰.

La Corte, con ordinanza n. 150/2012³⁹¹ ha ritenuto ammissibili le questioni prospettate e ha disposto la restituzione in atti, al fine di una nuova riflessione da condurre sulla base della sentenza sopravvenuta della Corte Edu³⁹². Secondo

³⁸⁸ Par. 115-116.

³⁸⁹ A. VIVIANI, già citato sub-nota 386, p 199. Secondo l’A. “il ricorso al margine di apprezzamento dovrebbe avvenire con molta cautela per non comportare il rischio di uno svilimento del ruolo della Corte”. *Contra* R. SAPIENZA, *Ancora sulla sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, della Corte costituzionale. La fecondazione eterologa tra margine d’apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme alla Convenzione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 8/2014, pp. 638-643 secondo cui il ricorso alla dottrina del margine d’apprezzamento, così come formulata dalla Corte di Strasburgo permette di ricostruire tale materia in modo più sfumato, ma meglio aderente alla complessiva vicenda giurisprudenziale europea.

³⁹⁰ Già cit. sub-nota 374.

³⁹¹ Ordinanza del 22 maggio 2012.

³⁹² S.H. e altri c. Austria, già cit. sub- nota 375, per approfondimenti si veda par. 1, A.

la Consulta, la sentenza S.H. e altri c. Austria incide sul significato delle norme convenzionali, nell'interpretazione data dai giudici di Strasburgo e impone, quindi, che i giudici comuni riesamino la questione. Invero, questi ultimi al fine di risolvere l'eventuale contrasto tra norma interna e CEDU "devono avere riguardo alle norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione"³⁹³. La sentenza della Corte Edu, pertanto, costituisce secondo la Consulta un "*novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale". La decisione di rimettere gli atti ai giudici *a quibus* si giustifica in quanto costituisce "corollario logico-giuridico della configurazione offerta da questa Corte in ordine al valore e all'efficacia delle sentenze del giudice europeo nell'interpretazione delle norme della CEDU". Ne consegue che i giudici remittenti avevano correttamente individuato come parametro del giudizio l'art. 117 Cost. ed è agli stessi che spetta fissare una nuova udienza per accertare se sussiste il contrasto della legge oggetto di censura con le norme convenzionali alla luce della nuova interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo.

Da tali premesse si desume che la Corte costituzionale attribuisce un ruolo interpretativo predominante alla Corte di Strasburgo, valorizzandone il dialogo, tanto da prediligere la rimessione in atti, piuttosto che vagliare la questione di legittimità alla luce dei principi costituzionali. Invero, è la prima volta, dopo l'assetto delle sentenze gemelle, che una pronuncia della Corte Edu costituisce la base di un'ordinanza di restituzione degli atti³⁹⁴.

C.1 La sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014.

³⁹³ *Ex multis* sentenza n. 236 del 2011, che a sua volta richiama le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 e tutte le successive pronunce che hanno confermato tale orientamento.

³⁹⁴ In senso critico si veda V.TIGANO, *Il divieto di fecondazione eterologa di nuovo al vaglio della Consulta: l'ordinanza di rimessione*, in www.penalecontemporaneo.it, (online), il quale osserva che la Corte ha omesso di pronunciarsi sulla questione ricondotta alla violazione degli articoli 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione. "La mancata considerazione di queste disposizioni (...) appare particolarmente eclatante alla luce del fatto che esse fondano direttamente quelle posizioni giuridiche soggettive la cui violazione è stata lamentata dai ricorrenti".

La distonia tra Corti traspare, con maggiore evidenza, dalla successiva sentenza della Corte Costituzionale, la n. 162/2014³⁹⁵ che ha per oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, ultimo comma della legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita³⁹⁶. In tale pronuncia, la Corte costituzionale si esprime in senso favorevole alla fecondazione eterologa, dichiarando l'illegittimità costituzionale della legge in questione, tuttavia sembra chiudere il dialogo con la Corte Edu.

A seguito dell'ordinanza di rimessione della Corte, i Tribunali di Catania³⁹⁷ e Firenze³⁹⁸ sollevano nuovamente la questione di legittimità costituzionale, utilizzando esclusivamente parametri costituzionali "interni" (articoli 2, 3, 31 e 32 Cost.). Ciò in quanto, in seguito alla sentenza della Corte di Strasburgo, non avrebbe potuto essere più configurabile alcun conflitto tra i divieti contenuti nella legge 40 e l'art. 117 della Costituzione.

Il Tribunale di Milano³⁹⁹, invece, oltre a ravvisare il contrasto delle norme nazionali con gli articoli 2, 3, 29, 31 e 32, ha denunciato altresì la violazione dell'art. 117 Cost., poiché continuerebbe a permanere il contrasto delle disposizioni interne con gli articoli 8 e 14 della CEDU. Invero, il settore della procreazione medicalmente assistita, "in quanto influenzato dalla continua evoluzione del consenso sociale e della scienza, ha bisogno di essere costantemente rivisto dai legislatori nazionali". E tali mutamenti potrebbero avere delle ripercussioni sull'esito di un ulteriore ed eventuale giudizio concernente le medesime questioni, in relazione al rispetto del diritto alla vita privata e familiare dei cittadini.

La Corte costituzionale investita della questione, con la sentenza n.162/2014 dichiara l'illegittimità costituzionale della legge 40/2004 unicamente alla luce dei parametri costituzionali, ritenendo "assorbiti" i motivi di censura formulati in riferimento all'art. 117 Cost.

Degne di nota, dunque, sono le conclusioni a cui perviene la Corte.

³⁹⁵ Sentenza del 10 giugno 2014, n. 164.

³⁹⁶ L'art. 4 vieta il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

³⁹⁷ Ordinanza del 13 aprile 2013, n.240.

³⁹⁸ Ordinanza del 29 marzo 2013, n.213.

³⁹⁹ Ordinanza dell'8 aprile 2013, n.135.

Se con con l'ordinanza di rimessione ha indubbiamente compiuto un passo avanti verso "la parificazione del diritto scritto a quello vivente delle Corti"⁴⁰⁰, al punto da omettere qualsiasi richiamo ai parametri costituzionali interni invocati, poiché ha utilizzato unicamente il parametro dell'art. 117, co.1, Cost. Con la citata sentenza, al contrario, preferisce non risolvere la questione di costituzionalità in relazione al parametro CEDU, diversamente da quanto richiesto dall'unico giudice remittente.

La Corte osserva che il divieto di fecondazione eterologa, censurato dalla legge oggetto di scrutinio è il "risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento"⁴⁰¹e tale da giustificare la declaratoria di illegittimità costituzionale. Infatti, poiché tale normativa incide su una molteplicità di interessi di pari rango e coinvolge plurime esigenze costituzionali, è necessario "un bilanciamento tra di esse che assicuri un livello minimo di tutela legislativa" ad ognuno⁴⁰². Tale bilanciamento va effettuato alla luce degli articoli 3 e 32 Cost., norma quest'ultima che sancisce il diritto alla salute quale diritto inviolabile della persona se non nei casi di trattamenti sanitari urgenti ed obbligatori. La Corte, dunque, torna nuovamente ad affermare una sua competenza esclusiva nel bilanciamento tra interessi in gioco da compiere unicamente alla luce di parametri interni. Ricorda, infatti, che la competenza ad individuare "un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze" appartiene "primariamente" al legislatore, in ragione della natura eticamente sensibile delle questioni che vengono in rilievo. Tuttavia, nulla esclude, un intervento della Corte medesima al fine di sindacare le scelte "irragionevoli" compiute dal legislatore⁴⁰³.

Una volta ricostruito, in premessa, il quadro delle evoluzioni normative in materia di fecondazione eterologa, la Corte constata che "il divieto di ricorrere alla tecnica di PMA di tipo eterologo, è privo di adeguato fondamento costituzionale"⁴⁰⁴. In particolare, tale divieto va ad incidere sulla scelta di

⁴⁰⁰ R. CONTI, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013, pp. 256 ss.

⁴⁰¹ Par. 13.

⁴⁰² Par. 5.

⁴⁰³ *Ibidem*.

⁴⁰⁴ Par. 6.

qualsiasi coppia di divenire genitori che costituisce espressione della libertà di autodeterminazione. Se è vero che tale libertà può essere oggetto di talune limitazioni, tuttavia la previsione normativa di un “divieto assoluto imposto al suo esercizio deve essere ragionevolmente (...) giustificata dall’impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango”⁴⁰⁵. Nella logica del bilanciamento, dunque, il sacrificio di un diritto, per garantire la tutela maggiore di un altro diritto, deve trovare sempre una giustificazione congrua e ragionevole. Nel caso di specie, la libertà di autodeterminarsi (che si estrinseca nella scelta di avere un figlio) concerne la sfera “più intima e intangibile della persona umana”, motivo per cui deve considerarsi intangibile, salvo che non vi sia l’esigenza di tutelare altri valori costituzionali⁴⁰⁶. Tuttavia, secondo la Corte, il divieto in esame cagiona, in definitiva, “una lesione della libertà fondamentale (...) di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata” da altre esigenze di tutela⁴⁰⁷.

Per tali ragioni, dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 4, co. 3, l. n. 40/2004, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo per coppie affette da sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

La Corte, poi, conclude il giudizio affermando che “restano assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU”⁴⁰⁸.

Tale conclusione risulta poco chiara, atteso che la Corte preferisce non affrontare la questione di costituzionalità in relazione al parametro costituzionale “esterno”, contrariamente a quanto richiesto da uno dei giudici remittenti. Sicché, non si spiega il motivo per cui in un primo momento, avesse valorizzato il dialogo con la Corte di Strasburgo, rimettendo gli atti ai giudici *a quibus*. Mentre successivamente, dopo aver osservato che occorre rispettare la “sostanza” della giurisprudenza europea, “ritiene assorbiti i motivi in riferimento all’art. 117 Cost.”. È chiaro, dunque, che le osservazioni della Corte sono contraddittorie e che, di fatto, non utilizzando il parametro convenzionale non rispetta la sostanza della giurisprudenza europea a cui inizialmente afferma

⁴⁰⁵ Par. 6.

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ Par. 13.

⁴⁰⁸ Par. 14.

di dover ottemperare. Il ricorso a parametri costituzionali di rilevanza meramente interna potrebbe spiegarsi come “rinnovato desiderio di centralità della nostra Corte nella tutela dei diritti dei propri cittadini”⁴⁰⁹. Tuttavia, non può negarsi che tale *modus operandi* sia indice, ancora una volta, di una “chiusura” al dialogo tra Corti. Un *self-restraint*, dunque, che rappresenterebbe una negazione delle relazioni tra ordinamenti, in quanto impedisce “l’ingresso in ambito interno di norme ed indirizzi giurisprudenziali provenienti *ab extra*”⁴¹⁰.

Non manca, tuttavia, quella parte della dottrina che giustifica il mancato ricorso al parametro convenzionale e alla giurisprudenza della Corte Edu, come ricorso al margine di apprezzamento⁴¹¹, consentito ed espressamente previsto sia dalla Convenzione che dalla stessa Corte Edu. Ne consegue, dunque, che la Corte costituzionale non abbia fatto altro che farne applicazione⁴¹².

Il profilo di maggiore criticità si ravvisa nella considerazione secondo cui, in diverse occasioni, la Corte ha fatto uso del margine di apprezzamento senza

⁴⁰⁹ L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio*, luglio 2014, p. 3.

⁴¹⁰ A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 14 giugno 2014, (online), p.1. *Contra* V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 Giugno 2014, (online). Secondo l’A. la Corte sarebbe giunta alle medesime conclusioni anche ove avesse scrutinato la norma oggetto di censura alla luce del parametro esterno di cui all’art. 117, co.1, Cost. Invero, l’intento della Corte sarebbe stato quello di non contraddire il giudizio della Corte di Strasburgo nel caso S.H. e altri c. Austria, ove la Grande Camera aveva invitato gli Stati di tener conto del “mutamento della scienza medica e del consenso sociale”. La Corte costituzionale, dunque, se avesse affrontato la questione di legittimità costituzionale ex art. 117, co.1, Cost. “sarebbe stata legittimata a valutare se il divieto di fecondazione eterologa riflettesse lo stadio evolutivo raggiunto allo stato attuale dai predetti fattori dinamici, così da garantire la conformità della legge n. 40/2004 all’art. 8 CEDU, secondo le indicazioni fornite dalla stessa Corte europea, e quindi in una prospettiva non di contraddizione della sua interpretazione, ma di adattamento della stessa al contesto spazio-temporale di riferimento”.

⁴¹¹ R. SAPIENZA, già cit. sub-nota 389, p. 642 secondo cui “l’operato della Corte costituzionale può approvarsi (...)”. Infatti, nonostante lo schema delle sentenze gemelle ha imposto l’utilizzo “riflesso”, da parte della Corte costituzionale, del diritto vivente della Corte EDU, ciò che conta non è tanto l’applicazione della Convenzione, quanto piuttosto che siano garantiti i corrispondenti diritti, “anche semplicemente come previsti nell’ordinamento interno”.

⁴¹² *Ibidem*.

però mai rinunciare del tutto all'utilizzo del parametro convenzionale. In tali ipotesi, al più si è limitata a ritenere non fondata la questione o a dichiararla inammissibile⁴¹³. Nel caso in esame, invece, statuisce alla luce di parametri meramente interni, senza richiamare in alcun modo il parametro convenzionale e quindi le norme interposte così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte Edu.

Con la sentenza in esame, dunque, la Corte costituzionale si è posta nuovamente in un'ottica di contraddizione e non di adattamento al sistema CEDU.

2. Il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per coppie non sterili o infertili.

La vicenda ha per oggetto, ancora una volta, la legge italiana in materia di procreazione medicalmente assistita⁴¹⁴.

In particolare, oggetto di censura, dapprima dinanzi alla Corte Edu e solo poi dinanzi alla Corte costituzionale è l'art. 4 della l. n. 40/2004 che prevede, il divieto assoluto per le coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili di accedere alle tecniche di fecondazione assistita. Le censure attengono principalmente all'incoerenza del sistema legislativo, o meglio alla sproporzione di tale divieto a fronte del fatto che il legislatore allo stesso tempo autorizza a procedere a un'interruzione medica della gravidanza, qualora il feto dovesse essere colpito dalla patologia di cui sono portatori i genitori. Il sistema legislativo così descritto, si porrebbe dunque in contrasto con l'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Sul punto si è pronunciata dapprima la Corte Edu⁴¹⁵ e solo poi la Corte costituzionale⁴¹⁶.

⁴¹³ Si veda, in via esemplificativa, la sentenza n. 264/2012 ove la Corte nel ricorrere alla dottrina del margine di apprezzamento utilizza tanto i parametri interni che esterni per giudicare non fondata la questione di legittimità costituzionale. Per approfondimenti si veda CAP. 3, par. B. 2.

⁴¹⁴ Legge n.40/2004, già cit. sub-nota 374.

⁴¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sezione II, del 28 agosto 2012, sentenza Costa e Pavan c. Italia, ric. n. 54270/10.

⁴¹⁶ Corte costituzionale, sentenza del 5 giugno 2015, n. 96.

A. La giurisprudenza della Corte Edu: il caso Costa- Pavan.

Con la sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, la Corte Edu interviene sul tema della procreazione medicalmente assistita e sulla conformità dell'art. 4 della legge 40/2004 all'art. 8 CEDU.

La vicenda si apre con un "ricorso diretto" da parte dei ricorrenti Costa e Pavan dinanzi alla Corte di Strasburgo, senza il previo esaurimento dei ricorsi interni ex art. 35, par.1 CEDU. Ciò nonostante, la Corte di Strasburgo non prende in considerazione l'eccezione del mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, poiché ritiene insussistenti strumenti validi ed efficaci di ricorso nel diritto italiano⁴¹⁷.

Sulla dedotta violazione dell'art. 8 CEDU, la Corte Edu precisa e delimita l'ambito di applicazione della norma in parola, atteso che secondo le eccezioni presentate dal Governo italiano "il diritto ad avere un figlio sano" non sarebbe tutelato dalla norma convenzionale⁴¹⁸. Rileva, innanzitutto, che il "diritto ad avere un figlio sano" altro non è se non "la possibilità di accedere alle tecniche della procreazione assistita e poi alla diagnosi preimpianto per poter mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui i genitori sono portatori sani"⁴¹⁹. Ciò posto, la Corte amplia la nozione di "vita privata e familiare" di cui all'art. 8 CEDU, atteso che vi fa rientrare altresì "il desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori sani e di ricorrere, a tal fine, alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto (...)"⁴²⁰.

⁴¹⁷ Par. 37. Inoltre, secondo la Corte, "il Governo non può invocare l'esistenza di un mezzo d'impugnazione in assenza di una giurisprudenza interna che dimostri l'effettività di quest'ultimo nella pratica e nel diritto (...)"

⁴¹⁸ Par. 45 e 47. Secondo il Governo, infatti, il diritto al rispetto della vita privata e familiare non sarebbe violato, ancorché la Corte dovesse ritenere applicabile l'art. 8 CEDU. In primo luogo, il Governo sostiene che "il divieto di accedere alla diagnosi preimpianto costituisce, infatti, una misura prevista dalla legge". Inoltre, la materia rientrerebbe nell'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati, atteso che manca un consenso europeo sul punto e trattasi di questioni di natura morale e sociale.

⁴¹⁹ Par. 53.

⁴²⁰ Par. 57. In particolare la Corte ricorda che il concetto ampio di "vita privata" ex art. 8 comprende, altresì, "il diritto dell'individuo ad allacciare e sviluppare rapporti con i simili, il diritto allo 'sviluppo personale', e ancora il diritto all'autodeterminazione", così come ribadito costantemente dalla sua giurisprudenza. Si veda, *ex multis*, sentenza del 7 marzo 2006, *Evans c. Regno Unito*, già cit. sub-nota 382 ove la Corte "agrees,

Tuttavia, all'interpretazione estensiva dell'art. 8, la Corte accompagna uno stringente scrutinio sulla disciplina statale, tale da *bypassare* l'ampio margine di apprezzamento generalmente riconosciuto agli Stati contraenti in tale materia⁴²¹. Infatti, pur rilevando la sussistenza di un margine di apprezzamento statale per l'elevata complessità etica e morale della materia, ha ritenuto doveroso procedere a una verifica della proporzionalità e della ragionevolezza delle limitazioni imposte dalla legge italiana al diritto tutelato dall'art. 8 CEDU. Invero, ciò che viene posto al vaglio della Corte non riguarda la compatibilità del divieto di accedere alla diagnosi pre-impianto con l'articolo 8 della CEDU. Quanto piuttosto "la sproporzione di una tale misura a fronte del fatto che il sistema legislativo italiano li autorizza a procedere ad un'interruzione medica di gravidanza qualora il feto dovesse essere colpito dalla patologia di cui sono portatori"⁴²².

In primo luogo, la Corte sottolinea le differenze con la precedente sentenza SH e altri c. Austria⁴²³ in cui, tenendo conto dei valori morali ed etici che la materia della "fecondazione eterologa" coinvolge, aveva riconosciuto un ampio margine di apprezzamento agli Stati⁴²⁴. Al contrario, nell'ipotesi di analisi pre-impianto in un caso di fecondazione omologa, la Corte non riconosce lo stesso margine di apprezzamento agli Stati contraenti, nonostante l'esistenza di delicati interrogativi di ordine morale ed etico. Pertanto, "osserva che la scelta operata dal legislatore in materia non sfugge al controllo della Corte"⁴²⁵. Infatti, nel caso di specie, "la Corte ha il compito di verificare la

since 'private life', which is a broad term, encompassing, inter alia, aspects of an individual's physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent" (par.57).

⁴²¹ M.P.IADICCIO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *quaderni costituzionali*, n. 2/2015, pp. 325 e ss.

⁴²² Par. 60. Taluni, invero, osservano che la sentenza in parola abbia offerto "un esempio interessante di applicazione del canone della proporzionalità nel quadro del modello esegetico tipico del sindacato del giudice convenzionale sulla c.d. necessità di attività di ingerenza nei diritti garantiti", V. IVONE E C. MIRAGLIA, *Fecondazione assistita e diagnosi preimpianto sulla salute dell'embrione*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, pp. 694-716, CEDAM, 2016.

⁴²³ Già cit. sub-nota 375.

⁴²⁴ La Corte rammenta che nella causa S.H. essa è stata chiamata a valutare la compatibilità della legislazione austriaca, recante divieto di fecondazione eterologa, con l'articolo 8 della Convenzione. Per approfondimenti si veda par. 1, A.

⁴²⁵ Par. 68.

proporzionalità della misura controversa a fronte del fatto che ai ricorrenti è aperta la via dell'aborto terapeutico"⁴²⁶.

Secondo la Corte "è giocoforza constatare che, in materia, il sistema legislativo italiano manca di coerenza"⁴²⁷. Invero, la legislazione italiana prevede da un lato, il divieto assoluto per le coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili di accedere alle tecniche di fecondazione assistita, e dall'altro la possibilità per la donna alla quale venga diagnosticata, durante la gravidanza, la malattia genetica del feto di ricorrere all'aborto terapeutico⁴²⁸. Per tali ragioni, la Corte ritiene che l'ingerenza da parte del legislatore nazionale nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare sia sproporzionata e determini una violazione dell'art. 8 della CEDU.

B. La "disapplicazione" della legge 40/2004 da parte del giudice di merito per contrasto con la CEDU.

A seguito della sentenza della Corte Edu sul caso Costa e Pavan, si è posto il problema relativo agli effetti di tale sentenza sul piano interno, alla luce dell'obbligo di esecuzione ex art. 46 CEDU che incombe su tutti gli Stati.

Merita di essere segnalata la pronuncia del Tribunale di Roma⁴²⁹ al quale si sono rivolti i ricorrenti una volta che la sentenza della Corte Edu è divenuta definitiva⁴³⁰. L'ordinanza in parola, infatti, è degna di nota atteso che dà esecuzione in pieno alla giurisprudenza della Corte Edu e disattende lo schema dettato dalle sentenze gemelle.

Il giudice comune, a fronte della richiesta ex art. 700 c.p.c. dei ricorrenti, decide di non sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte e di soddisfare prontamente il diritto dei ricorrenti a usufruire delle prestazioni sanitarie in questione. Non si limita, dunque, a interpretare il dato normativo⁴³¹

⁴²⁶ Par. 69.

⁴²⁷ Par. 64.

⁴²⁸ Legge 22 maggio 1978, n.194, Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.

⁴²⁹ Sezione prima civile, ordinanza del 23 settembre 2013.

⁴³⁰ Una volta divenuta definitiva la sentenza della seconda Sezione, il governo italiano aveva fatto richiesta di rinvio alla Grande Camera contro la sentenza Costa e Pavan c. Italia. Lo scorso 11 febbraio 2013 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rigettato, con provvedimento non motivato la richiesta di rinvio alla Grande Camera.

⁴³¹ L'art. 4, co.1, l. n. 40/2004.

in maniera convenzionalmente conforme bensì afferma che “deve necessariamente *disapplicarsi* (ndr: la norma in questione) in conformità a quanto disposto dalla sentenza della Corte EDU”. Intima, così, i convenuti, ovvero le strutture sanitarie ad adempiere. È chiaro che il ricorso alla disapplicazione significa disattendere lo schema delle c.d. sentenze gemelle, nelle quali la Corte costituzionale aveva escluso che lo strumento di risoluzione delle antinomie normative tra norma interna e CEDU potesse essere la non applicazione della prima⁴³². Così come aveva escluso che le norme CEDU fossero idonee a produrre effetti diretti nell’ordinamento nazionale.

Ciò nonostante, il giudice comune motiva la “disapplicazione” della norma nazionale, alla luce dell’art. 46 CEDU e della natura sufficientemente incondizionata e precisa del principio ricavabile dalla sentenza della Corte Edu. Secondo il Tribunale, invero, il sindacato esclusivo della Corte sarebbe limitato “alle sole questioni che evidenzino un possibile contrasto tra la norma CEDU e i principi supremi dell’ordinamento costituzionale”. Sicché quando “la regola ricavabile dalla sentenza CEDU sia sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi, a quella interna riconosciuta contraria alla Convenzione” (come nella decisione Costa e Pavan) ben potrebbe il giudice comune “dar seguito alle decisioni di condanna del giudice europeo (...) senza necessità di sollevare l’ulteriore pregiudiziale di costituzionalità”⁴³³. È chiaro che un’interpretazione siffatta si scontra con quanto più volte affermato dalla Corte Costituzionale che tende ad affermare costantemente il suo primato di giudice di ultima istanza e del caso concreto.

Il Tribunale, inoltre, richiama la sentenza della Corte costituzionale⁴³⁴ mediante la quale la Corte avrebbe chiarito le modalità di esecuzione del giudicato europeo, a seconda delle circostanze del caso di specie. In tale pronuncia, invero, secondo il Tribunale, la Corte avrebbe confermato, seppur

⁴³² Si veda Corte costituzionale n.349/2007, “le fonti CEDU (per come interpretate dalla Corte EDU), (...) non producono effetti diretti nell’ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a (...) non applicare nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto”.

⁴³³ Il giudice osserva che “nel procedimento in esame, le statuizioni della Corte di Strasburgo, rivestono valore di giudicato formale per il processo interno” per due ordini di motivi. Il primo che consiste nell’identità di oggetto e parti in causa, le quali, inoltre, hanno ottenuto l’accoglimento del ricorso a Strasburgo. In secondo luogo le norme CEDU sono direttamente efficaci nell’ordinamento nazionale.

⁴³⁴ Corte costituzionale, sentenza del 3 luglio 2013, n. 210.

indirettamente, che quando una norma nazionale sia costituzionalmente illegittima, al fine di conformarsi a una sentenza della Corte Edu, il giudice comune può darvi esecuzione diretta. Ciò, ovviamente solo “allorquando la pronuncia della Corte sia specifica”.

In conclusione, il Tribunale osserva che, attraverso l’esecuzione della sentenza della Corte Edu che ha statuito la contrarietà con l’art. 8 CEDU del divieto di accesso alla PMA attraverso la selezione pre-impianto degli embrioni, si è allineato con l’interpretazione data dalla stessa Corte costituzionale con sentenza n.151/2009⁴³⁵.

Sicché il Tribunale si adegua a tali pronunce della Corte costituzionale, pur tuttavia ricorrendo a uno strumento, quello della disapplicazione, fino ad ora escluso dai rimedi per risolvere le antinomie tra norme CEDU e norme nazionali.

C. La giurisprudenza della Corte costituzionale

C.1. La sentenza n. 96/2015.

Nello scenario così descritto, si inserisce la sentenza della Corte costituzionale 96/2015⁴³⁶, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli articoli 1 e 4 della legge n. 40/2004 nella parte in cui non consentono che anche le coppie fertili portatrici di patologie geneticamente trasmissibili possano fare ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Tale pronuncia impone un’ulteriore riflessione sui rapporti tra sistema CEDU e ordinamento interno ed è espressione, ancora una volta, di un atteggiamento di chiusura, da parte della Corte Costituzionale, a un “dialogo tra Corti”.

I giudici remittenti⁴³⁷, rinunciano alla disapplicazione⁴³⁸ e sollevano questione di legittimità costituzionale, richiamando, tra gli altri, il parametro convenzionale di cui all’art. 117 Cost.

⁴³⁵ Sentenza del 1 aprile 2009 mediante la quale la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art.14, co.2 e 3, l.40/2004.

⁴³⁶ Sentenza Corte costituzionale 14 maggio 2015, n.96.

⁴³⁷ Rispettivamente Tribunale di Roma, ordinanza 15 gennaio 2014; Tribunale di Milano, ordinanza 28 febbraio 2014.

⁴³⁸ Al par. 4 della sentenza si legge che “è esclusa la possibilità della disapplicazione delle norme sospettate di incostituzionalità per contrasto con la CEDU (...)”

In particolare, la legge censurata contrasterebbe con l'art. 2 Cost., per il *vulnus* ai diritti inviolabili della persona, quali “il diritto della coppia a un figlio “sano” e il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative”; con l'art. 3 Cost., in virtù dell'incoerenza della disciplina sottesa alla legge oggetto di censura; con l'art. 32 Cost., volto a tutelare il diritto alla salute nella sua massima espansione e per i possibili rischi legati all'aborto terapeutico cui la donna viene esposta per effetto della disciplina censurata⁴³⁹.

Infine, la legge 40/2004 contrasterebbe con l'art. 117, co.1, Cost., in relazione alle norme interposte di cui agli articoli 8 e 14 della CEDU. Invero, la disciplina nazionale in tema di fecondazione assistita di tipo omologo comporterebbe un'indebita ingerenza nella vita familiare delle coppie, posto che il divieto di accesso alla procreazione assistita, si risolve nell'incoraggiamento al ricorso all'aborto del feto⁴⁴⁰. La violazione dell'art.14 CEDU, invece, è strettamente correlata al principio di ragionevolezza quale corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

In primo luogo è bene rilevare che la Corte riafferma con determinazione una sua competenza esclusiva, atteso che “(...) correttamente il rimettente ha adito questa Corte, non essendogli consentito un'applicazione in via diretta delle norme convenzionali in luogo di quelle nazionali”⁴⁴¹. Tale conclusione è avvalorata, secondo la Corte, dalla natura della CEDU nell'ordinamento interno, di per sé non idonea a creare un ordinamento giuridico sovranazionale e produttivo di effetti diretti. Il ruolo della CEDU nell'ordinamento italiano, inoltre, non è mutato tanto meno a seguito del richiamo contenuto nell'art. 6, par. 3, del TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona⁴⁴². Invero, contrariamente a talune sentenze dei giudici di merito⁴⁴³ la Corte afferma che

considerata altresì la non praticabilità di una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme stesse”.

⁴³⁹ Par. 5.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ Par.7.

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 2 marzo 2010, n. 1220; TAR Lazio, sentenza del 18 maggio 2010, n.11984 che afferma che “il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione e quindi del nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 Cost.” (par. 13). Ne consegue, dunque, secondo il TAR, che “si aprono inediti prospettive per l'interpretazione

“dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario non può farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all’art. 11 Cost., né tantomeno la possibilità per il giudice comune di servirsi dello strumento della non-applicazione”⁴⁴⁴. Il ricorso alla disapplicazione della norma nazionale, prosegue la Corte, rileva unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto dell’Unione è applicabile⁴⁴⁵. Poiché il caso sottoposto al vaglio della Corte non è riconducibile al diritto dell’Unione, effettivamente non vi è alcuno spazio per un’eventuale disapplicazione della normativa nazionale da parte del Tribunale rimettente.

Chiariti, nuovamente, i rapporti tra ordinamento nazionale e sistema CEDU, la Corte, motiva l’illegittimità costituzionale, ancora una volta, alla luce dei soli parametri costituzionali interni, quali gli articoli 3 e 32 Cost. e ritiene assorbiti gli ulteriori profili denunciati in merito all’art. 117 Cost. In particolare, le norme censurate contrastano con l’art. 3 Cost. poiché sussiste “un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell’indiscriminato divieto” determinato dalla “palese antinomia normativa (sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza *Costa e Pavan c. Italia*) che il nostro ordinamento consente”⁴⁴⁶. L’antinomia sarebbe determinata dal divieto assoluto per le coppie in questione di accedere alle tecniche di fecondazione assistita e dall’altro dalla possibilità per la donna, alla quale le venga diagnosticata durante la gravidanza la malattia genetica del feto, di ricorrere all’aborto terapeutico. Sicché l’incoerenza del sistema normativo determina un *vulnus* al diritto alla salute della donna garantito dall’art. 32 Cost.⁴⁴⁷.

La Corte, dunque, nell’affermare l’esistenza di un’incoerenza, insita nel sistema normativo, si è limitata a richiamare, solo tra parentesi e senza dilungarsi particolarmente, la sentenza *Costa e Padovan*, nella quale tale antinomia normativa era già stata evidenziata. Così come, nell’*incipit* iniziale come visto, si limita a condividere la scelta del giudice remittente di sollevare

conformativa, ovvero per la possibile disapplicazione, da parte di questo giudice nazionale, delle norme nazionale, statali o regionali, che evidenzino un contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU (...). ”

⁴⁴⁴ Par. 7.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ Par. 9.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

questione di legittimità, atteso che non è consentito ai giudici comuni un'applicazione in via diretta delle norme convenzionali in luogo di quelle nazionali⁴⁴⁸.

In conclusione, la Corte constata, sinteticamente, che in virtù dell'enunciato contrasto "non può sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e deve dichiararne l'illegittimità"⁴⁴⁹. La sentenza, pertanto, si chiude senza esaminare la censura sollevata dai giudici remittenti in merito al parametro di cui all'art. 117 Cost. né quello di cui all'art. 2 Cost.

La Corte così conclude con l'invito rivolto al legislatore di modificare e innovare la normativa oggetto della declaratoria di incostituzionalità. In particolare sollecita l'introduzione di "apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento"⁴⁵⁰. Tuttavia, non esclude che tale intervento del legislatore possa avvenire valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa⁴⁵¹.

In conclusione, è bene osservare che le argomentazioni della Corte in merito ai rapporti tra ordinamento interno e sistema CEDU sono poco chiare anche in tale sentenza.

Indubbiamente, dopo le recenti affermazioni circa il *carattere consolidato* come indice sintomatico della forza interpretativa-vincolante della giurisprudenza di Strasburgo, la Corte avrebbe potuto dire molto di più. Avrebbe potuto, una volta per tutte, prendere posizione, o quantomeno precisare le affermazioni

⁴⁴⁸ In senso critico si veda F.VIGANÒ, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2015, (online). Secondo l'A., la Corte costituzionale non avrebbe tenuto conto della legge n.848/1955 mediante la quale si è autorizzata la ratifica della CEDU e la sua integrazione nell'ordinamento italiano. Per effetto di tale legge, invero, ogni giudice deve applicare tali norme, atteso che sono divenute parte integrante del diritto. Ne consegue che "contrariamente a quanto sembra affermare la Consulta, dunque, le norme della Convenzione sono direttamente applicabili dal giudice comune, alla pari di qualsiasi altra norma dell'ordinamento nazionale".

⁴⁴⁹ Par.10.

⁴⁵⁰ *Ibidem*.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

compiute sinteticamente e in maniera non del tutto chiara nella sentenza 49/2015⁴⁵².

Se, poi, sembrerebbe che i rapporti tra il sistema CEDU e i giudici comuni siano improntati ad una maggiore collaborazione, al punto da “non applicare” la norma interna contrastante con la CEDU. Al contrario, la Corte costituzionale non è disposta a cedere il proprio ruolo esclusivo di “giudice costituzionale dei diritti” a favore della Corte Edu, nonostante poi tale esigenza di esclusività non sarebbe necessaria, atteso che “i primi applicatori e difensori dei diritti della Convenzione sono le autorità pubbliche ed in particolare quelle giudiziarie degli Stati membri”⁴⁵³.

C.2. La sentenza n. 229/2015.

Con la sentenza n. 229/2015⁴⁵⁴, la Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, così proseguendo il percorso argomentativo avviato con la precedente sentenza n. 96/2015 e completando la sua opera di riformulazione della legge n.40/2004.

Oggetto della duplice questione di legittimità costituzionale sono le norme che contemplano come ipotesi di reato, la selezione eugenetica e la soppressione degli embrioni soprannumerari “senza alcuna eccezione”⁴⁵⁵.

Il giudice remittente utilizza come parametri di riferimento, sia parametri interni che esterni. Con riferimento ai primi, sostiene il contrasto delle norme oggetto di censura, con gli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione; con riferimento al parametro CEDU, richiama l’art. 117, co.1, Cost., in relazione all’art. 8 CEDU, così come interpretato nella sentenza *Costa e Pavan* ove si è affermato

⁴⁵² Per approfondimenti si veda CAP.5, par.1, C.

⁴⁵³ E.MOTTESE, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti. Il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell’uomo: una integrazione “limitata”*, in *Fogli di lavoro per il Diritto internazionale*, (online), p.37.

⁴⁵⁴ Sentenza della Corte costituzionale, 11 novembre 2015.

⁴⁵⁵ Articoli 13, commi 3, lettera b), e 4, e art. 14, commi 1 e 6, della legge 40/2004. Tali norme, tuttavia, non escludono dall’area del penalmente rilevante le ipotesi in cui la condotta di selezione eugenetica “sia finalizzata all’impianto nell’utero della donna dei soli embrioni non affetti da malattie genetiche” e la soppressione concerna, conseguentemente, gli embrioni soprannumerari affetti, invece, da siffatte malattie.

che “il diritto al rispetto della vita privata e familiare include il desiderio della coppia di generare un figlio non affetto da malattia genetica”.

La Corte ritiene fondata solo una delle due questioni e così dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 13, commi 3, lettera b), e 4 nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l’impianto nell’utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili.

Le argomentazioni della Consulta sono alquanto sintetiche. Invero, nonostante i parametri invocati dal giudice remittente (tra cui anche quello convenzionale), rinvia a quanto già osservato nella precedente giurisprudenza in materia. In particolare, la Corte si limita a ribadire che con la recente sentenza n. 96 del 2015 “ha già dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della stessa legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili”⁴⁵⁶. E “ciò al fine esclusivo”, come chiarito in motivazione, “della previa individuazione”, in funzione del successivo impianto nell’utero della donna, “di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro”⁴⁵⁷. Sicché, “quanto è divenuto così lecito, per effetto della suddetta pronuncia additiva, non può dunque – per il principio di non contraddizione – essere più attratto nella sfera del penalmente rilevante”⁴⁵⁸. Invero, far rientrare nell’area del penalmente rilevante le condotte di selezione eugenetica e la soppressione degli embrioni soprannumerari *senza alcuna eccezione* contrasterebbe con la precedente sentenza, posto che la Corte aveva ritenuto legittimo un uso della fecondazione assistita per produrre embrioni con finalità di selezione eugenetica.

Si veda come la Corte non compia alcun riferimento ai parametri costituzionali e convenzionali, invocati dal giudice remittente. Tra le righe si può osservare che il motivo ricorrente sotteso alla declaratoria di incostituzionalità sia rappresentato dal diritto alla salute della donna, ancorché non ne venga esplicitato il suo fondamento costituzionale (art. 32 Cost.). Tale

⁴⁵⁶ Par. 2.1.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

⁴⁵⁸ Par. 2.2.

diritto può essere preservato solo ove si renda lecita la condotta di diagnosi preimpianto. Si da consentire una selezione tra embrioni da impiantare, sani e non, ed evitare una possibile interruzione della gravidanza, successiva all'impianto di embrioni non sani.

Ciò che qui rileva, sul piano dei rapporti tra ordinamento interno e sistema convenzionale, è l'omesso richiamo al parametro CEDU. Come osservato, il giudice *a quo* sostiene l'illegittimità costituzionale anche con riferimento all'art. 117, co.1, in relazione all'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza europea. La Corte, volutamente o meno, decide di non utilizzare tale parametro. Tuttavia, contrariamente allo "schema" utilizzato in altre sentenze⁴⁵⁹ non utilizza la *formula* secondo cui "devono ritenersi assorbiti gli ulteriori profili denunciati in merito all'art. 117 Cost.". Formula indubbiamente ambigua, come osservato più volte, che tuttavia dimostra quantomeno un'accettazione del parametro convenzionale. Al contrario, nella sentenza in parola, non si rinviene alcun riferimento al parametro CEDU, né nel considerato in diritto, né tantomeno nel P.Q.M.

La Corte è ancora più sintetica nel motivare la seconda questione prospettata.

La questione di legittimità dell'art. 14 della legge n. 40/2004, nella parte in cui contempla quale ipotesi di reato la soppressione degli embrioni soprannumerari "senza alcuna eccezione" è ritenuta non fondata.

Secondo la Corte, la scelta del legislatore di far rientrare nell'area del penalmente rilevante la condotta di soppressione degli embrioni, ancorché risultino affetti da grave malattia genetica, non risulta censurabile sotto il profilo del canone della ragionevolezza e dell'arbitrarietà⁴⁶⁰. In particolare, la non fondatezza della questione si giustifica alla luce degli interessi di pari rango costituzionale e della prevalenza, all'esito del bilanciamento, dei primi rispetto alla tutela dell'embrione. Invero, nonostante il riconosciuto fondamento costituzionale della tutela dell'embrione ex art. 2 Cost., questa è suscettibile di "affievolimento" in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo

⁴⁵⁹ Tra cui, *in primis*, la sentenza n.96/2015.

⁴⁶⁰ Par. 3.

costituzionale (come il diritto alla salute della donna)⁴⁶¹. E ciò conferma la non manifesta irragionevolezza della normativa incriminatrice denunciata⁴⁶².

È bene rilevare, dunque, che nel dichiarare non fondata la seconda questione, la Corte omette, anche qui, di valutare l'asserito contrasto della legge n.40/2004 con il parametro convenzionale. Invero, in chiusura, si limita ad osservare che la normativa “neppure contrasta per interposizione, con il richiamato parametro europeo”⁴⁶³, senza alcuna precisazione sul punto.

Solo poi nel P.Q.M, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale, richiama, tra gli altri, il parametro convenzionale in riferimento al quale era stata sollevata la questione.

Nuovamente, quindi, non si spiega il *modus operandi* della Corte costituzionale che si allontana sempre più dallo schema originario delle note sentenze gemelle e mette in dubbio la reale portata precettiva del parametro CEDU, negandogli quella “funzione preminente” che originariamente la Corte sembrava avergli attribuito.

3. Il divieto di sperimentazione sugli embrioni per finalità di ricerca scientifica.

L'art. 13 della l. 40/2004 dispone un divieto di sperimentazione sugli embrioni per finalità di ricerca scientifica, la cui violazione è punita in ambito penale⁴⁶⁴.

La norma in parola è stata oggetto di due procedimenti, introdotti rispettivamente dinanzi alla Corte Edu e alla Corte costituzionale. Tuttavia, è bene precisare che, nonostante l'analogia delle questioni trattate, diversi, sono i valori che vengono in gioco e le norme di riferimento.

Al di là della considerazione secondo cui ciascuna delle Corti è chiamata a svolgere un ruolo differente⁴⁶⁵, l'analisi di tale vicenda riveste particolare importanza nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu.

⁴⁶¹ *Ibidem.*

⁴⁶² *Ibidem.*

⁴⁶³ *Ibidem.*

⁴⁶⁴ Reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro.

⁴⁶⁵ Si veda V. ZAGREBELSKY, *Parillo c. Italia*, già cit. sub-nota 154 secondo cui la diversità dei ruoli si giustifica in quanto la Corte Edu decide a seguito di un ricorso individuale presentato nell'ambito di una vicenda specifica. Al contrario, la Corte

Ciò in quanto, la Corte costituzionale viene investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, l. 40/2005, in un momento in cui era pendente la decisione sul caso Parillo dinanzi la *Grande Chambre*. Se per un verso, il giudice remittente non ritiene necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale con riferimento, tra gli altri, al parametro dell'art. 117, co.1, Cost. Dall'altro la Consulta, in un primo momento, decide di attendere la sentenza della Corte Edu, così rinviando la causa a una trattazione successiva. In un secondo momento, al fine di sostenere la propria decisione di inammissibilità della questione presentata, richiama ampiamente il caso Parillo.

Si analizzerà, dunque, dapprima la sentenza della Corte Edu, per poi verificare in che modo la Corte costituzionale ne abbia tenuto conto al fine di vagliare la legittimità costituzionale dell'art. 13, l. 40/2004.

A. La giurisprudenza della Corte Edu: la sentenza Parillo c. Italia.

Con la sentenza in parola⁴⁶⁶ la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 13 della l. 40/2004 con l'art. 8 CEDU e l'art. 1, Protocollo n.1. La norma oggetto di censura, invero, dispone il divieto di donazione, ai fini di ricerca scientifica, di embrioni concepiti mediante PMA.

In via preliminare, la Corte si pronuncia sui presupposti per poter presentare ricorso a Strasburgo ex art. 35 CEDU, posto che il Governo aveva eccepito il mancato esaurimento delle vie di ricorso interno.

Secondo il Governo, infatti, la ricorrente si sarebbe dovuta rivolgere a un Tribunale ordinario, al fine di far valere il divieto di cui all'art. 13, l. 40/2004⁴⁶⁷, poiché in contrasto, non solo con la CEDU, bensì anche con la Costituzione⁴⁶⁸. In particolare, il Governo sostiene che, una volta adito un Tribunale ordinario, la norma oggetto di censura, sarebbe dovuta essere interpretata in senso conforme alla CEDU (a tal proposito richiama le sentenze n. 348-349/2007),

costituzionale decide su un piano più generale, dovendo vagliare la validità della legge impugnata.

⁴⁶⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 27 agosto 2015, Parillo c. Italia, ric. n. 46470/11.

⁴⁶⁷ Par. 78.

⁴⁶⁸ *Ibidem*.

salvo, se non fosse possibile, rimettere la questione alla decisione della Corte costituzionale⁴⁶⁹.

Secondo la ricorrente, al contrario, le vie di ricorso interne non avrebbero preservato i propri diritti, posto che l'ordinamento nazionale vieta in modo assoluto la donazione di embrioni alla ricerca scientifica⁴⁷⁰. Inoltre, il ricorso costituzionale (a cui fa riferimento il Governo) non può essere considerato “una via di ricorso da esperire ai fini dell'art. 35 CEDU, in quanto l'ordinamento italiano non prevede il ricorso diretto alla Corte costituzionale”⁴⁷¹.

La Corte osserva che nell'ordinamento giuridico italiano i ricorrenti non hanno diritto di rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale che, al contrario, può essere adita solo dagli organi giurisdizionali⁴⁷². Per tali ragioni, il ricorso costituzionale non può di certo essere parificato a una via di ricorso interna, il cui previo esaurimento è necessario per poter adire la Corte Edu⁴⁷³.

Ciò posto, la Corte è tenuta a valutare la dedotta violazione dell'art. 8 CEDU.

Sul punto è bene analizzare, in via preliminare gli argomenti presentati rispettivamente dal Governo e dalla ricorrente, in merito all'applicabilità dell'art. 8 CEDU al caso di specie, per poi verificare in che modo la Corte abbia deciso nel merito.

Il Governo sostiene che “la questione di sapere se degli embrioni umani possono essere donati alla ricerca scientifica” non rientri nella nozione di “diritto al rispetto della vita privata”⁴⁷⁴ di cui all'art.8 CEDU. Ad ogni modo, la presunta ingerenza nella vita privata è prevista dalla legge e ha come finalità quella di tutelare “il potenziale di vita dell'embrione”⁴⁷⁵.

⁴⁶⁹ Par. 79 e 80.

⁴⁷⁰ Par. 84.

⁴⁷¹ Par. 85.

⁴⁷² Par. 101.

⁴⁷³ La Corte constata che il ricorso diretto alla Corte costituzionale rientra tra le vie di ricorso interne in relazione a taluni Stati membri. Tuttavia, questo non è il caso dell'Italia. In particolare, le stesse sentenze della Corte costituzionale n. 348-349/2007 si sono limitate semplicemente a chiarire la posizione attribuita alla Convenzione nell'ordinamento giuridico interno, senza costituire “una svolta in grado di confutare la conclusione” di cui sopra.

⁴⁷⁴ Par. 121.

⁴⁷⁵ Par. 123.

La ricorrente, al contrario, richiamando la giurisprudenza della Corte Edu, ricorda che il concetto di “vita privata” di cui all’art. 8 CEDU era ampio⁴⁷⁶. Sottolinea, inoltre, l’illogicità del divieto di donazione degli embrioni previsto dalla legislazione nazionale, atteso che “l’unica alternativa offerta dal sistema era la morte degli embrioni”⁴⁷⁷. Senza dimenticare le incoerenze presenti nell’ordinamento giuridico italiano, posto che “il diritto dell’embrione alla vita” (invocato dal Governo) era inconciliabile sia con la possibilità per le donne di abortire fino al terzo mese di gravidanza sia con l’utilizzo da parte di laboratori italiani di linee cellulari embrionali ottenute mediante la distruzione di embrioni creati all’estero⁴⁷⁸. Infine, osserva, che nella materia in esame, lo Stato non godesse di alcun margine di discrezionalità, in ragione del “vasto consenso europeo sulla possibilità di donare alla ricerca scientifica embrioni non destinati all’impianto”⁴⁷⁹.

Date tali osservazioni, la Corte è tenuta a verificare, per la prima volta, se nella nozione di “vita privata” di cui all’art. 8 CEDU possa rientrare anche il diritto invocato dalla ricorrente di “utilizzare gli embrioni ottenuti mediante fecondazione in vitro al fine di donarli alla ricerca scientifica”⁴⁸⁰. In buona sostanza se la norma in parola possa trovare applicazione al caso di specie. Ricorda, dunque, che la nozione ampia di “vita privata” comprende anche il “diritto all’autodeterminazione e al rispetto della decisione di diventare genitore o di non diventarlo”⁴⁸¹. Inoltre, la Corte richiama la sentenza della Corte costituzionale con la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa⁴⁸², al fine di sottolineare che anche l’ordinamento italiano ha attribuito importanza “alla libertà di scelta delle parti della fecondazione in vitro riguardo al destino degli embrioni non destinati all’impianto”⁴⁸³. Infatti, nella sentenza in parola la Corte costituzionale aveva

⁴⁷⁶ Par. 132.

⁴⁷⁷ Par. 135.

⁴⁷⁸ *Ibidem*.

⁴⁷⁹ Par. 137.

⁴⁸⁰ Par. 149.

⁴⁸¹ Par. 153. In particolare la Corte richiama i suoi precedenti giurisprudenziali, sentenza *Evans c. Regno Unito* già cit. sub-nota 332 e sentenza del 2 ottobre 2012, *Knecht c. Romania*, ric. n. 10048/10 ove ha tenuto conto della libertà di scelta delle parti, nell’analizzare la questione degli embrioni ottenuti mediante riproduzione.

⁴⁸² Sentenza n. 162/2014, per approfondimenti si veda CAP.6, par.1, C.1.

⁴⁸³ *Ibidem*.

osservato che “il diritto dei ricorrenti di diventare genitori e creare una famiglia con figli era un aspetto della loro libertà di autodeterminazione afferente alla sfera della loro vita privata e familiare”⁴⁸⁴.

Per le ragioni sopra esposte, la Corte conclude che rientra nel diritto di autodeterminazione di ciascuno “la possibilità di esercitare una scelta consapevole e meditata sul destino dei suoi embrioni”, atteso che tale scelta concerne un aspetto intimo della sua vita personale⁴⁸⁵. Ne consegue, dunque, che è applicabile l’articolo 8 CEDU, dal punto di vista del diritto al rispetto della vita privata.

Premesso, dunque, che l’art. 8 CEDU è applicabile al caso di specie, la Corte Edu deve verificare se il divieto di cui all’art. 13 della l. 40/2004 costituisca un’ingerenza legittima nel diritto al rispetto della vita privata.

Ricorda, dunque, che le ingerenze nell’esercizio del diritto al rispetto della vita privata sono consentite sono nelle ipotesi previste, in via esaustiva, dall’art. 8, par. 2, CEDU e sono da interpretarsi restrittivamente⁴⁸⁶. Non solo, ma tali limitazioni devono perseguire una delle finalità espressamente indicate dalla norma in parola⁴⁸⁷.

Per tali motivi, la Corte si sofferma nel valutare se tale ingerenza costituisca una misura necessaria in una società democratica (art. 8, par. 2, CEDU). A tal proposito, ricorda che, quando vengano in gioco i valori “dell’esistenza o dell’identità di una persona”, il margine di discrezionalità concesso agli Stati è, in linea di principio, più ristretto⁴⁸⁸. Tuttavia, se non sussiste un ampio consenso tra gli Stati membri in ordine “all’importanza dell’interesse in gioco o sui messi migliori per tutelarlo”, il margine sarà più ampio⁴⁸⁹. In ogni caso, nulla esclude, una competenza della Corte diretta a esaminare le scelte operate dal legislatore e se esse abbiano o meno trovato un giusto equilibrio tra i diversi valori in gioco⁴⁹⁰.

⁴⁸⁴ *Ibidem.*

⁴⁸⁵ Par. 159.

⁴⁸⁶ Par. 163.

⁴⁸⁷ *Ibidem.*

⁴⁸⁸ Par. 169.

⁴⁸⁹ *Ibidem.*

⁴⁹⁰ Par. 170. In particolare, la Corte richiama la sua precedente giurisprudenza nella quale aveva affermato analoghi principi di diritto. Si veda sentenza S.H. e altri c. Austria, già cit. sub-nota 375, per approfondimenti si veda cap. 6, par.1, A; sentenza

Ciò posto, la Corte constata che nel caso di specie “il diritto invocato dalla ricorrente di donare gli embrioni alla ricerca scientifica” non rientra tra “gli aspetti dell’esistenza e dell’identità della persona” tutelati dall’art. 8 CEDU⁴⁹¹. Per tali ragioni, sul punto, è possibile accordare allo Stato convenuto un ampio margine di discrezionalità⁴⁹², soprattutto considerando che non esiste in materia un vasto consenso europeo⁴⁹³. Tuttavia, è compito della Corte esaminare le scelte compiute dal legislatore, al fine di valutare se esse siano il frutto di un ponderato equilibrio tra gli interessi in gioco⁴⁹⁴.

Sul punto, constata che “il legislatore aveva già tenuto conto dei differenti interessi in gioco, in particolare dell’interesse dello Stato di tutelare l’embrione e di quello delle persone interessate di esercitare il loro diritto all’autodeterminazione individuale mediante la donazione dei loro embrioni alla ricerca”⁴⁹⁵. Inoltre, la Corte osserva che non rientra nella sua competenza controllare la coerenza della legislazione italiana in materia, posto che tale controllo è possibile solo ove “le incoerenze lamentate dal ricorrente riguardino la materia della doglianza sollevata dinanzi alla Corte”⁴⁹⁶. Il che vuol dire, nel caso di specie, la restrizione del diritto della ricorrente all’autodeterminazione riguardo al destino dei suoi embrioni. Nel caso di specie, inoltre, anche a voler affermare che nella normativa nazionale vi siano delle incoerenze, queste “non pregiudicano in modo diretto il diritto invocato”⁴⁹⁷ dalla ricorrente.

Costa e Pavan c. Italia, già cit. sub-nota 415, per approfondimenti si veda cap. 6, par. 2, A.

⁴⁹¹ Par. 174.

⁴⁹² Par. 175.

⁴⁹³ La Corte osserva che “(...) diciassette dei quaranta Stati membri sui quali la Corte possiede informazioni permettono la ricerca sulle linee cellulari embrionali umane. In alcuni altri Stati la materia non è regolamentata, ma le pratiche pertinenti sono permissive” (par. 177). Tuttavia, vi sono altri Stati che vietano qualsiasi tipo di ricerca sulle cellule embrionali e altri ancora che la permettono ma a condizioni precise.

⁴⁹⁴ Par. 183.

⁴⁹⁵ Par. 188.

⁴⁹⁶ Par. 191.

⁴⁹⁷ Par. 195. Secondo V. TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni*, già cit. sub-nota 394, le argomentazioni della Corte Edu risulterebbe “poco pregnanti ai fini del giudizio”, atteso che sarebbero stati omessi “opportuni passaggi argomentativi”. In buona sostanza, l’A. si domanda, in che termini, il processo argomentativo della Corte possa provare la “ragionevolezza della ponderazione tra interesse pubblico alla conservazione degli embrioni e interesse dell’individuo alla loro donazione”. Ciò in ragione della considerazione secondo cui l’ordinamento, mediante la previsione del divieto ex art. 13, l.40/2004, accorda una tutela assoluta all’interesse pubblico, così frustrando totalmente l’interesse dell’individuo alla donazione degli embrioni. Sarebbe stato preferibile, dunque, che la Corte valutasse se il divieto assoluto previsto dalla

Per i motivi sopra esposti, la Corte ritiene che l'art. 8 CEDU non sia stato violato e che lo Stato italiano non abbia ecceduto il margine di discrezionalità concessogli⁴⁹⁸. Ne consegue, dunque, che il divieto di cui all'art. 13 della l. 40/2004 rappresenta un'ingerenza "necessaria in una società democratica" ex art. 8, par. 2, CEDU.

In conclusione, la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla dedotta violazione dell'art. 1, Protocollo n.1 che tutela il diritto di proprietà, salvo ipotesi espressamente previste dalla norma in parola che giustificano un'ingerenza della pubblica autorità.

Sul punto, il Governo osserva che "l'embrione umano" è considerato, nell'ordinamento, un "soggetto di diritto titolare del diritto al rispetto della dignità umana"⁴⁹⁹. Non può essere considerato, dunque, una "cosa" su cui ciascun individuo può vantare un diritto di proprietà, tutelato alla luce dell'art. 1, Protocollo n. 1 CEDU.

Al contrario, la ricorrente osserva che "gli embrioni concepiti mediante fecondazione in vitro" rientrano nella nozione di "bene", posto che trattasi di embrioni non impiantati e quindi "non destinati a svilupparsi in feti e nascere"⁵⁰⁰. Sicché non potevano essere considerati "persone". Per tali motivi, il suo diritto di proprietà avrebbe subito un'ingerenza non giustificata da alcuna causa di pubblica utilità⁵⁰¹.

La Corte ritiene che l'art. 1, Protocollo n.1 CEDU, non sia applicabile al caso di specie, in quanto, "vista la portata economica e patrimoniale di tale articolo, gli embrioni umani non possono essere ridotti ai *beni* ai sensi di tale disposizione"⁵⁰². Per tale motivo, rigetta tale parte del ricorso.

B. La giurisprudenza della Corte costituzionale

B.1. La Corte sospende la decisione di costituzionalità, in attesa della sentenza sul caso Parillo.

normativa nazionale rappresentasse la sola e unica misura per "garantire la vita degli embrioni".

⁴⁹⁸ Par. 197.

⁴⁹⁹ Par. 200.

⁵⁰⁰ Par. 203.

⁵⁰¹ Par. 204.

⁵⁰² Par. 215.

In data 19 marzo 2014, la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, l. 40/2004⁵⁰³, ne ha rinviato a nuovo ruolo la trattazione, in attesa della pubblicazione della sentenza della Corte Edu, sul caso Parillo.

È bene precisare che il giudice remittente⁵⁰⁴ aveva sollevato la questione in relazione agli articoli 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, co.1, Cost. per irragionevolezza del bilanciamento tra tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica e al fine di ottenere una pronuncia additiva della Corte costituzionale, tale da comportare un temperamento all'assolutezza del divieto censurato⁵⁰⁵.

La Corte costituzionale, data l'analogia della causa oggetto della questione di legittimità con quella pendente dinanzi alla Corte Edu, decide di rinviarne la trattazione in attesa della sentenza della Corte Edu.

La decisione della Consulta non si spiega sotto diversi profili⁵⁰⁶.

In primo luogo, in quanto il giudice *a quo* non aveva invocato, tra i diversi parametri, anche l'art. 117, co.1, Cost. né tantomeno la CEDU. Ci si chiede, dunque, per quale motivo la Corte costituzionale decida di attendere la decisione della Corte Edu, posto che la questione verrà poi decisa alla luce di

⁵⁰³ Per completezza, è bene precisare che il giudice *a quo* rimette alla Corte costituzionale anche la questione di legittimità dell'art. 6, co.3, ultimo capoverso della l. 40/2004 che dispone il divieto assoluto di revoca del consenso alla PMA dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo, per contrasto con gli articoli 2, 13, 32 Cost.

⁵⁰⁴ Tribunale di Firenze, ordinanza del 7 dicembre 2012. La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata nell'ambito di un procedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c, nel quale la ricorrente, che si era sottoposta a trattamento di procreazione medicalmente assistita, chiedeva al Tribunale di Firenze, di ordinare, al centro medico al quale si era rivolta, di riconsegnarle gli embrioni prodotti, avendo intenzione di destinare i nove embrioni risultati non impiantabili ad attività mediche diagnostiche e di ricerca scientifica connesse alla propria patologia genetica.

⁵⁰⁵ In particolare, il Tribunale demanda alla Corte che il divieto previsto dalla norma oggetto di censura sia temperato nel senso che "ove rimanga accertato che l'embrione non sia più impiegabile a fini procreativi (e, quindi, risulti destinato a rapida "estinzione"), esso possa essere utilizzato, previa acquisizione del consenso dei generanti, per altri scopo 'costituzionalmente rilevanti', quale quello della ricerca scientifica bio-medica". Ciò in ragione della considerazione secondo cui tale divieto assoluto di ricerca sperimentale sugli embrioni soprannumerari si risolve "nella completa negazione delle esigenze individuali e collettive sottese all'attività di ricerca scientifica, proprio in quei settori quali la terapia genica e l'impiego delle cellule staminali embrionali, che la comunità medico-scientifica ritiene fra i più promettenti per la cura di numerose e gravi patologie (...)".

⁵⁰⁶ Si veda B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti Parillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le "sentenze gemelle" (e la sentenza n. 49/2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2015, pp. 617-624.

parametri costituzionali interni. Infatti, il giudice remittente demanda alla Corte costituzionale di valutare la compatibilità alla Costituzione e non alla CEDU della norma oggetto di censura.

In secondo luogo, nelle materie che coinvolgono valori etici e morali, la Corte costituzionale ha sempre cercato, tendenzialmente, di affermare una propria autonoma competenza giurisdizionale rispetto a quella della Corte Edu⁵⁰⁷.

Infine, tale decisione rappresenta sicuramente un *modus operandi* della Corte differente rispetto a quello seguito in altre sentenze⁵⁰⁸.

Se non può negarsi che, in una prospettiva internazionale, la decisione della Corte valorizza i rapporti tra Corti improntati ad una maggiore collaborazione, non può negarsi come tale decisione perda la sua importanza se si tiene conto della sentenza che la Corte emana sulla medesima questione.

B.2. La sentenza n. 84/2016.

Con la sentenza in parola⁵⁰⁹, la Corte costituzionale, è chiamata a pronunciarsi nuovamente sulla legittimità di talune disposizioni della l.40/2004 che concernono, tuttavia, questioni nuove e “neppure implicitamente coinvolte nelle precedenti sue pronunzie”.

Dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 13, co. 1, 2 e 3, l. 40/2004, sollevata dal Tribunale di Firenze⁵¹⁰.

In via preliminare, la Corte ricorda i suoi precedenti giurisprudenziali mediante i quali è stata chiamata a vagliare, in diverse occasioni, la legittimità

⁵⁰⁷ È doveroso ricordare, infatti, che la Corte costituzionale in diverse pronunce nelle quali è stata chiamata a pronunciarsi su materie analoghe che coinvolgono valori sensibili di natura morale ed etica, si sia limitata a dichiarare “assorbiti i motivi di censura dedotti con riferimento all’art. 117 Cost. e al parametro CEDU”. Si vedano, tra tutte, le sentenze n. 162/2014 e 96/2015, per approfondimenti si veda CAP. 6, par.1., C.1 e par. 2, C.1.

⁵⁰⁸ Si veda in via esemplificativa la sentenza n. 264/2012 (per approfondimenti si veda CAP. 3, B.2) ove la Corte ha sottolineato la diversità del ruolo di cui essa è titolare, nel giudizio di costituzionalità, rispetto a quello della Corte Edu.

⁵⁰⁹ Corte costituzionale, sentenza del 22 marzo 2016, n. 84.

⁵¹⁰ La Corte dichiara inammissibile anche la questione di legittimità dell’art. 6, co.3, ultimo capoverso, della l. 40/2004, “per il carattere meramente ipotetico, e non attuale, della sua rilevanza” (par. 6.1.).

costituzionale e convenzionale della l. 40/2004⁵¹¹. Da tale giurisprudenza la Corte sostiene che emergano una serie di principi di particolare importanza. Tra essi quello secondo cui la “dignità dell’embrione” ha assunto un valore di rilievo costituzionale riconducibile all’art. 2 Cost., tale per cui non può essere suscettibile di affievolimento “per il solo fatto che si tratti di embrioni affetti da malformazione genetica”⁵¹². Tuttavia, la tutela dell’embrione, in quanto valore costituzionale è suscettibile di bilanciamento con altri valori, quali quello della salute della donna e delle esigenze della procreazione.

Ciò premesso, la Corte costituzionale è consapevole che la questione oggetto di censura sollevi problematiche nuove e fino ad ora mai coinvolte nelle precedenti pronunzie. Invero, la questione inerisce alla ragionevolezza o meno del “bilanciamento (...) tra tutela dell’embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)”⁵¹³.

In ogni caso, ricorda che tale questione è stata oggetto di censura dinanzi alla Corte Edu⁵¹⁴ che ne ha escluso la violazione dell’art. 8 CEDU. A tal proposito, in modo alquanto analitico, ne ripercorre la motivazione, sottolineando che nonostante la Corte Edu abbia escluso che il diritto di donare gli embrioni alla ricerca scientifica rientri nell’ambito di applicazione dell’art. 8 CEDU, vengono in rilievo delicate questioni morali ed etiche⁵¹⁵. Il richiamo operato alla giurisprudenza di Strasburgo viene giustificato dall’affermazione immediatamente successiva della Corte costituzionale di non voler “entrare in collisione con i parametri europei”⁵¹⁶. Nonostante la consapevolezza che tali parametri non sono stati direttamente evocati nel presente giudizio⁵¹⁷.

⁵¹¹ Par. 8.2. In primo luogo la Corte richiama la sentenza n. 151/2009, già cit. sub-nota 435 mediante la quale si è derogato al divieto di crioconservazione sancito dall’art. 14, co. 1, l. 40/2004. Subito dopo richiama la sentenza n. 96/2015, già cit. sub-nota 436, mediante la quale è stata resa possibile la diagnosi preimpianto, al fine di evitare il trasferimento, in utero della donna, degli embrioni affetti da patologie genetiche. Infine ricorda che con la sentenza n.229/2015, già cit. sub-nota 458, escluso la fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 14, commi 1 e 6, l.40/2004, che vieta penalmente sanzionandola, la condotta di soppressione degli embrioni, anche ove affetti da malattia genetica.

⁵¹² Par. 8.2.1.

⁵¹³ *Ibidem*.

⁵¹⁴ Sentenza Parillo, già cit. sub-nota 466, per approfondimenti si veda cap. 3, par. A.

⁵¹⁵ Par. 9.

⁵¹⁶ Par. 10.

⁵¹⁷ *Ibidem*.

La Corte costituzionale, prosegue poi nel ricordare che sotteso al divieto di cui all'art. 13, l. 40/2004 vi sono diversi interessi in gioco (il rispetto del principio della vita e le esigenze della ricerca scientifica), che non “trovano soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea”⁵¹⁸. Il cui bilanciamento tra contrapposti interessi, tuttavia, compete alla discrezionalità del legislatore. Ne consegue che la soluzione è da adottare in via legislativa, “come è avvenuto in tutti quegli Stati europei che, come ricordato dalla Corte di Strasburgo hanno adottato un approccio permissivo nei confronti della ricerca sulle cellule embrionali”⁵¹⁹. Ed è sottratta al sindacato di questa Corte⁵²⁰.

È da escludere, infatti, che rientri nel sindacato della Corte un intervento additivo (come quello richiesto dal giudice *a quo*) mediante il quale operare un differente bilanciamento tra interessi in conflitto al fine di garantire “una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica”⁵²¹.

Per le ragioni sopra esposte, la Corte costituzionale dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 1, 2, 3, Cost. 1.40/2004.

Una volta esaminato il ragionamento argomentativo seguito dalla Corte costituzionale, occorre chiedersi, in che termini debba essere interpretato il rinvio alla giurisprudenza europea che rappresenta, tra gli altri, uno dei motivi sui cui si fonda la decisione in parola.

Da un lato, tale rinvio sembrerebbe esprimere l'importanza del ruolo che la Corte costituzionale riconosce alla giurisprudenza di Strasburgo, al punto che le motivazioni di diritto del caso Parillo sono poste a fondamento della decisione di inammissibilità. Tuttavia, è interessante notare che il ragionamento argomentativo della Corte Edu viene alterato dalla Corte costituzionale. Invero, la Corte Edu non ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU (da parte dell'art. 13, l. 40/2004) poiché il “diritto di donare embrioni

⁵¹⁸ Par. 11.

⁵¹⁹ *Ibidem*.

⁵²⁰ *Ibidem*. Affermazione criticabile, posto che la Corte costituzionale come è noto, ha affermato la propria competenza a valutare la ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore, in materia penale. Sul punto si veda V. TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni*, già cit. sub-nota 394.

⁵²¹ *Ibidem*.

alla ricerca scientifica” non rientra nell’ambito di applicazione della norma in parola (come sostenuto, invece, dalla Corte costituzionale). Al contrario, la Corte Edu ha, in via preliminare confermato l’applicazione dell’art. 8 CEDU al caso dinanzi ad essa pendente, per poi escluderne la violazione, in virtù dell’ampio margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato italiano. Non si vede, dunque, come la Corte costituzionale possa legittimare la sua decisione di inammissibilità alla luce di una motivazione del tutto travisata rispetto a quella data dalla Corte Edu.

Dall’altro, il *modus operandi* della Corte costituzionale continua a discostarsi da quello utilizzato nelle precedenti pronunzie, senza che sia possibile giungere a conclusioni univoche in merito al modo di intendere i rapporti tra le due Corti. Al contempo, a tale decisione potrebbero muoversi le medesime considerazioni critiche già svolte in merito alla precedente decisione della Corte costituzionale di rinviare a nuovo ruolo la trattazione, in attesa della pubblicazione della sentenza della Corte Edu, sul caso Parillo⁵²². Senza escludere che, in ogni caso, i principi enunciati nel caso Parillo non avrebbero potuto condizionare le argomentazioni della Corte costituzionale, posto che, nonostante l’analogia della questione che coinvolge la medesima disposizione legislativa (l’art. 13, l. 40/2004), i valori in causa oggetto di bilanciamento dinanzi alle due Corti sono differenti⁵²³. Dinanzi alla Corte Edu vengono in rilievo i beni della “vita privata dei genitori” e dei “diritti dei consociati”. Al contrario nel giudizio di legittimità, i valori al cui bilanciamento la Corte costituzionale è chiamata, sono quelli della “dignità dell’embrione” e della “libertà della ricerca scientifica”.

⁵²² Per approfondimenti si veda par. 3, A.

⁵²³ V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, (online).

CAPITOLO 7

IL DIRITTO DELL'ADOTTATO A CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI

SOMMARIO: 1. Margine di discrezionalità e bilanciamento di interessi. – A La giurisprudenza della Corte Edu: il caso Godelli c. Italia. – B La giurisprudenza della Corte costituzionale. – B.1. La sentenza n.425/2005. – B.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013.

1. Margine di discrezionalità e bilanciamento di interessi.

La vicenda giudiziaria coinvolge l'istituto del c.d. parto anonimo teso a garantire alla donna l'anonimato ove non desideri la costituzione del rapporto di filiazione e allo stesso tempo la possibilità di partorire in condizioni sanitarie adeguate.

L'istituto è disciplinato nell'ordinamento interno dalla legge 184/1983⁵²⁴, improntata esclusivamente alla tutela della volontà della madre all'anonimato (irreversibile nel tempo), demandando così alla libera scelta della donna l'instaurazione dello status di madre. La disciplina, pertanto, non prende in considerazione eventuali interessi concorrenti quali *in primis* quello del figlio-adottato a conoscere le proprie origini. Così, di fatto, attribuisce preferenza esclusiva al “diritto all'oblio” della madre.

Sul punto, vi è stato un primo intervento della Corte costituzionale⁵²⁵ che ha rigettato la questione per infondatezza, in virtù dell'esigenza primaria di tutelare, in modo assoluto e incondizionato, il diritto all'anonimato della madre. Successivamente è intervenuta la Corte Edu⁵²⁶ che, al contrario, ha constatato che la legge 184/1983 viola l'art. 8 CEDU poiché il legislatore non ha adeguatamente bilanciato gli interessi in gioco, così superando il margine di

⁵²⁴ Diritto del minore a una famiglia, legge 4 maggio 1983, n. 184.

⁵²⁵ Corte costituzionale, sentenza del 16 novembre 2005, n.425.

⁵²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 settembre 2012, Godelli c. Italia, ricorso n.33783/09.

discrezionalità ad esso spettante. Da ultimo si è pronunciata nuovamente la Corte costituzionale⁵²⁷ che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge oggetto di censura, superando il suo precedente orientamento, senza però analizzare il parametro dell'art. 117, co.1, Cost.

A. La giurisprudenza della Corte Edu: il caso Godelli c.Italia.

Con il caso Godelli c.Italia, la Corte Edu ha constatato la violazione dell'art. 8 CEDU da parte dello Stato italiano con la legge 184/1983⁵²⁸ in quanto non è stato mantenuto un giusto equilibrio nella ponderazione dei diritti e degli interessi concorrenti ossia, quello della ricorrente a conoscere le proprie origini e quello della madre a mantenere l'anonimato.

In primo luogo, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto privata della possibilità di conoscere la sua storia personale, atteso che non ha avuto la possibilità di accedere a informazioni sulla madre e sulla famiglia biologica⁵²⁹. Tale richiesta rientrerebbe nel campo di applicazione dell'articolo 8 della CEDU. Pertanto, il legislatore, con la legge oggetto di censura, avrebbe oltrepassato il limite del proprio margine di discrezionalità, atteso che non avrebbe adeguatamente bilanciato gli interessi in gioco. Invero, avrebbe attribuito preferenza agli interessi di una sola delle parti, la madre, senza offrire alla ricorrente la possibilità di chiedere, come in altri ordinamenti, la reversibilità del segreto sull'identità della madre con riserva del consenso di quest'ultima⁵³⁰. Inoltre, la ricorrente sostiene che, nonostante l'accesso a tali informazioni personali sia stato richiesto in età adulta, "l'interesse dell'individuo a ottenere le informazioni necessarie con riguardo a un aspetto importante dell'identità personale, è un diritto soggettivo ed ultra-personale e,

⁵²⁷ Corte costituzionale, sentenza del 18 novembre 2013, n.278.

⁵²⁸ Già cit. sub-nota 524.

⁵²⁹ Par. 41.

⁵³⁰ *Ibidem*. La ricorrente ricorda che il sistema italiano è molto diverso dal sistema francese esaminato dalla Corte Edu, nel caso *Odièvre c. Francia*, sentenza del 13 febbraio 2003, ric. n. 42326/98 poiché "non permette di ottenere informazioni relative all'identità della madre e nemmeno informazioni non identificative sulla madre e sulla famiglia biologica, quando la madre biologica ha chiesto il segreto". Invero, nel caso *Odièvre* la Corte aveva escluso la violazione dell'art. 8 CEDU in tema di c.d. parto anonimo, poiché il diritto nazionale prevedeva il giusto temperamento tra l'interesse della madre naturale all'anonimato e quello dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini.

pertanto, imprescrittibile”⁵³¹. Ritiene, dunque, che la Corte debba cercare di ponderare tali interessi ed esaminare se il sistema italiano abbia mantenuto un equilibrio ragionevole tra i diritti e gli interessi concorrenti⁵³².

Al contrario, il Governo esclude che il caso di specie rientri nell’ambito di applicazione dell’art. 8 CEDU, poiché “il diritto al rispetto della vita familiare, presuppone l’esistenza di una famiglia”⁵³³. È possibile parlare di famiglia in presenza di due requisiti. Il primo di natura oggettiva consistente nell’ “esistenza di legami che dimostrino una relazione affettiva”; il secondo di natura soggettiva che si identifica con la volontà di intrattenere tale relazione⁵³⁴. Tuttavia, la giurisprudenza non richiede una convivenza effettiva tra i membri della famiglia, atteso che “sono sufficienti quantomeno dei rapporti personali stretti tra di essi”⁵³⁵. Inoltre, il Governo ricorda che la disciplina normativa interna⁵³⁶ tutela la possibilità per una donna di chiedere l’anonimato del parto e il segreto sulla sua identità. Pertanto si sarebbe al cospetto di un’ingerenza prevista dalla legge che ha altresì “una finalità di tutela dell’interesse generale”⁵³⁷. Inoltre, lo Stato italiano si sarebbe limitato a rispettare la volontà della madre e a preservarne il suo *status*, posto che è questo ad essere oggetto di protezione da parte dell’ordinamento.

Il Governo, poi, è consapevole che, in taluni casi, “l’identificazione fisica e sociale dell’individuo” possa essere ricompresa nella nozione di vita privata ex art. 8 CEDU⁵³⁸. Tuttavia, poiché la questione coinvolge interessi tra loro in conflitto, lo Stato dispone di un certo margine di discrezionalità tale per cui ha attribuito prevalenza alla volontà della madre di mantenere l’anonimato⁵³⁹.

La Corte Edu, quindi, chiamata a pronunciarsi sulla dedotta violazione dell’art. 8 CEDU, osserva in via preliminare che “il diritto di conoscere la

⁵³¹ Par. 54.

⁵³² Par. 48.

⁵³³ Par. 44.

⁵³⁴ *Ibidem*.

⁵³⁵ *Ibidem*. In particolare secondo il Governo “tra la ricorrente e la madre biologica non esisterebbe alcun rapporto personale, in quanto la prima non ha mai visto la madre, poiché quest’ultima non ha mai voluto conoscerla (...). In effetti, essa ha espressamente manifestato la propria volontà di abbandonarla (...).”

⁵³⁶ Articolo 250 del codice civile e articolo 28, co. 7, legge n. 184/1983 che tutela il segreto delle sue origini, salvo autorizzazione espressa dell’autorità giudiziaria.

⁵³⁷ Par. 55.

⁵³⁸ Par. 56.

⁵³⁹ Par. 59.

propria ascendenza rientra nel campo di applicazione della nozione di «vita privata» che comprende aspetti importanti dell'identità personale di cui fa parte l'identità dei genitori⁵⁴⁰. Pertanto l'art. 8 si applica al caso di specie.

In primo luogo, osserva che dalla norma in parola discendono in capo agli Stati parte, non solo obblighi negativi, consistenti nel divieto di ingerenze arbitrarie nella vita privata dell'individuo, bensì anche obblighi positivi inerenti al rispetto effettivo della vita privata⁵⁴¹. In particolare, lo Stato gode di un certo margine di discrezionalità circa la scelta delle misure idonee a garantire il rispetto dell'art. 8 CEDU⁵⁴². Tuttavia, è necessario che si persegua il giusto equilibrio tra gli interessi in conflitto. Ad ogni modo, la natura più o meno ampia del margine di discrezionalità concesso dipende “non solo dal o dai diritti interessati, ma anche dall'aspetto della vita privata che viene messo in discussione”⁵⁴³. Nel caso di specie è necessario un esame ancora più approfondito per valutare gli interessi concorrenti⁵⁴⁴, atteso che viene in rilievo il “diritto all'identità” da cui deriva il diritto di conoscere la propria ascendenza, che è parte integrante della nozione di vita privata.

Ciò posto, la Corte è chiamata a stabilire se nella presente causa, “sia stato mantenuto un giusto equilibrio nella ponderazione dei diritti e degli interessi concorrenti ossia, da una parte, quello della ricorrente a conoscere le proprie origini e, dall'altro, quello della madre a mantenere l'anonimato”⁵⁴⁵.

Osserva, dunque, che in linea di principio gli Stati godono di un margine di discrezionalità tale da poter scegliere i mezzi che ritengono più idonei ad assicurare un equo bilanciamento tra gli interessi in gioco⁵⁴⁶. Nel caso di specie, però, non vi è stato alcun bilanciamento dei diritti e degli interessi presenti, posto che la ricorrente si è vista opporre un rifiuto assoluto e definitivo di accedere alle proprie origini personali, senza alcuna possibilità di ricorso⁵⁴⁷. Il sistema italiano, pertanto, non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e

⁵⁴⁰ Par. 45, citando sul punto i suoi precedenti, *Odièvre c. Francia*, già cit. sub-nota 530, par. 29 e sentenza del 7 febbraio 2002, *Mikulić c. Croazia*, ric. n. 53176/99, par. 53.

⁵⁴¹ Par. 60.

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ Par. 65.

⁵⁴⁴ *Ibidem*.

⁵⁴⁵ Par. 66.

⁵⁴⁶ Par. 67.

⁵⁴⁷ Par. 68.

gli interessi concorrenti in causa⁵⁴⁸, in quanto attribuisce una preferenza incondizionata ai soli interessi della madre a mantenere l'anonimato⁵⁴⁹. Invero la normativa italiana non dà alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto⁵⁵⁰.

Ciò posto, la Corte ritiene che l'Italia non abbia cercato di stabilire un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa e abbia dunque oltrepassato il margine di discrezionalità che le è stato accordato. Vi è stata, così, violazione dell'articolo 8 della Convenzione⁵⁵¹.

B. La giurisprudenza della Corte costituzionale

B.1. La sentenza n. 425/2005.

Con la sentenza n.425/2005⁵⁵², la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, co. 7, della legge n. 184/1983⁵⁵³, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle sue origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica.

Sulla constatata violazione dell'art. 2 Cost. il giudice remittente osserva che la norma impugnata farebbe prevalere in ogni caso l'interesse della madre naturale all'anonimato sul diritto inviolabile del figlio all'identità personale⁵⁵⁴.

⁵⁴⁸ A differenza del sistema francese, come evidenziato dalla Corte, nella sentenza *Odièvre*. In tale sistema, sottolinea la Corte, si agevolano la ricerca delle origini biologiche e maggiori sono le possibilità di revocare il segreto dell'identità. Questo grazie anche alla creazione di un Consiglio nazionale per l'accesso alle origini personali. In Italia, il progetto di legge di riforma della legge n. 184/1983 è a tutt'oggi all'esame del Parlamento dal 2008 (proposte di legge del 12 novembre 2008, n. 1889; dell'11 novembre 2009, n.2919; del 10 dicembre 2009, n. 3030).

⁵⁴⁹ Par. 70.

⁵⁵⁰ Par. 71.

⁵⁵¹ Par. 71 e 72.

⁵⁵² Già cit. sub-nota 525.

⁵⁵³ Già cit. sub-nota 524. Così come modificata dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), restringendo il divieto di accesso dell'adottato alle informazioni sulle origini al solo caso di manifestazione, da parte della madre naturale, della volontà di non essere nominata nella dichiarazione di nascita, ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396.

⁵⁵⁴ Par. 4.

Di contrario avviso la Corte, che afferma che la norma impugnata, “in quanto espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda, non si pone in contrasto con l'art. 2 della Cost.”⁵⁵⁵ Invero, l'art. 28 della legge n.184/1983 intende tutelare la gestante, in tutti quei casi in cui a causa delle sue peculiari condizioni di vita intenda mantenere l'anonimato⁵⁵⁶. Sicché, è proprio la finalità che tale norma intende perseguire che giustifica l'assenza di qualunque limitazione, neanche temporale per la tutela dell'anonimato della madre⁵⁵⁷.

La Corte ha poi escluso che la legge censurata violi l'art. 32 Cost. da intendersi come lesione del diritto dell'adottato alla salute e all'integrità psico-fisica. Ciò in quanto “il rigetto della prima censura” porta a “negare l'asserita violazione dell'art. 32 Cost., in quanto mera conseguenza della lesione del diritto all'identità personale garantito dall'art. 2 Cost.”⁵⁵⁸.

In conclusione, per quanto concerne la violazione dell'art. 3 della Cost., il giudice remittente contesta l'irragionevole disparità di trattamento fra due soggetti che si trovano nella medesima condizione. Ovvero, “l'adottato nato da donna che abbia dichiarato di non voler essere nominata e l'adottato figlio di genitori che non abbiano reso alcuna dichiarazione e abbiano anzi subito l'adozione”⁵⁵⁹. Invero, sarebbe irragionevole “vietare al primo l'accesso alle informazioni sulle proprie origini e consentirla invece al secondo”⁵⁶⁰.

Secondo la Corte, anche tale censura è infondata, atteso che la diversità di disciplina fra le due ipotesi è giustificata. Ciò in quanto si sarebbe al cospetto di due situazioni analoghe e non identiche che giustifica, dunque, la diversità di disciplina. Solo la prima, infatti, e non anche la seconda, è caratterizzata dal rapporto conflittuale fra il diritto dell'adottato alla propria identità personale e quello della madre naturale al rispetto della sua volontà di anonimato⁵⁶¹.

In conclusione, quindi, la dedotta violazione non è fondata.

⁵⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁵⁷ *Ibidem*, “(...) al fine di evitare, quindi, che in un imprecisato futuro la gestante venga interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà”.

⁵⁵⁸ Par. 5.

⁵⁵⁹ Par. 6.

⁵⁶⁰ *Ibidem.*

⁵⁶¹ *Ibidem.*

B.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013.

Con la sentenza n.278/2013⁵⁶², la Corte costituzionale è chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 28, co.7, della legge 184/1983 nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice di interpellare la madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata, su richiesta del figlio e ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione.

Sussisterebbe, secondo il giudice remittente, la violazione degli articoli 2, 3, 32 e 117, co.1, Cost. in riferimento all'art. 8 CEDU, così come interpretato nel caso *Godelli c.Italia*⁵⁶³.

La Corte ritiene fondata la questione e dichiara l'illegittimità costituzionale in parte *qua* dell'art. 28, co.7, della legge 184/1983 per contrasto con gli articoli 2 e 3. Al contempo ritiene assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento agli ulteriori parametri.

In via preliminare, la Corte rammenta che il tema del diritto all'anonimato della madre e quello del diritto del figlio a conoscere le proprie origini ai fini della tutela dei suoi diritti fondamentali hanno già formato oggetto di pronunce "tanto di questa Corte che della Corte europea dei diritti dell'uomo"⁵⁶⁴.

Per quanto riguarda il diritto all'anonimato della madre, in primo luogo, ribadisce che la *ratio* della scelta adottata nella precedente sentenza si individua "nella ritenuta corrispondenza biunivoca tra il diritto all'anonimato e la perdurante quanto inderogabile tutela dei profili di riservatezza che l'esercizio di quel diritto inevitabilmente coinvolge"⁵⁶⁵. Ne consegue che al fine di preservare valori primari quali il diritto alla vita e alla salute, tale *ratio* deve essere preservata⁵⁶⁶.

Tuttavia, la Corte prosegue osservando che anche il diritto del figlio a conoscere le proprie origini è diritto della persona che si inserisce nel sistema

⁵⁶² Già cit. sub-nota 527.

⁵⁶³ Già cit. sub-nota 526. Per approfondimenti si veda sub-par. A.

⁵⁶⁴ Par. 4. In particolare, richiama la precedente sentenza n. 425/2005 e osserva che "(...) tale giudizio mirava esclusivamente a introdurre nel sistema normativo, che sul punto era del tutto silente, la possibilità di verificare la persistenza della volontà della madre naturale di non essere nominata". (Per approfondimenti si veda par. B.1.).

⁵⁶⁵ *Ibidem*.

⁵⁶⁶ *Ibidem*.

costituzionale, come “pure riconosciuto in varie pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo”⁵⁶⁷.

La Corte, quindi, pone in evidenza l’esistenza di due diritti di rilevanza costituzionale e l’esigenza che il legislatore, per la loro primaria importanza giunga a un bilanciamento equo tra gli stessi, atteso che la tutela dell’uno finisce inevitabilmente per condizionare in concreto il soddisfacimento dell’altro⁵⁶⁸. Per tali ragioni, la Corte passa all’analisi della norma oggetto di censura, evidenziando che “l’ordinamento pare prefigurare una sorta di “cristallizzazione” o di “immobilizzazione” nelle modalità di esercizio del diritto all’anonimato della madre”⁵⁶⁹ e sul quale la stessa sentenza della Corte Edu invita a riflettere. Invero, una volta intervenuta la scelta per l’anonimato, tale manifestazione di volontà diviene irreversibile, trasformandosi in una sorta di vincolo obbligatorio⁵⁷⁰, tale da condizionare e influenzare in senso negativo il diritto del figlio a conoscere le proprie origini. Il dato normativo, dunque, è volto a prevenire turbative nei confronti della madre in relazione all’esercizio di un suo “diritto all’oblio” tutelabile a priori ed *erga omnes*⁵⁷¹.

È chiaro, però, che il sistema così descritto è censurabile “per eccessiva rigidità”⁵⁷², atteso che nega a priori la possibilità di tutela del diritto dell’adottato a conoscere le proprie origini. Ciò, d’altra parte, “risulta sulla base degli stessi rilievi formulati dalla Corte EDU nella richiamata sentenza Godelli”⁵⁷³, nella quale la Corte Edu ha constatato che la normativa italiana non darebbe “alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l’accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto”⁵⁷⁴.

Ciò posto, la Corte ricorda che la comunicazione di informazioni “non identificative” è ammessa, ai sensi dell’art. 93 del codice della Privacy, con il

⁵⁶⁷ *Ibidem*. In particolare, la Corte osserva che spetta al legislatore disciplinare tale diritto “(...) con le modalità reputate più opportune, dirette anche a evitare che il suo esercizio si ponga in collisione rispetto a norme – quali quelle che disciplinano il diritto all’anonimato della madre (...)”.

⁵⁶⁸ *Ibidem*.

⁵⁶⁹ Par. 5.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

⁵⁷¹ *Ibidem*.

⁵⁷² Par. 6.

⁵⁷³ *Ibidem*.

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

limite dell'osservanza, ai fini della tutela della riservatezza della madre, delle relative "opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile"⁵⁷⁵. Tuttavia, tale norma non è chiara né tantomeno specifica nel definire quali siano le regole dirette a soddisfare esigenze di segretezza.

Ciò porta la Corte a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, co.7, della legge 184/1983 per contrasto con gli articoli 2 e 3 Cost., atteso che "il vulnus sarebbe rappresentato dall'irreversibilità del segreto". Infatti non sarebbe prevista la possibilità per il giudice di interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, su richiesta del figlio e ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione.

In merito agli ulteriori motivi di censura formulati in riferimento ai parametri degli articoli 32 e 117 Cost., la Corte afferma che questi restano assorbiti⁵⁷⁶.

Infine, conclude affermando che "sarà compito del legislatore introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso"⁵⁷⁷.

Da tali affermazioni, dunque, si desume che il ragionamento della Corte è coerente con quello adottato in precedenti sentenze⁵⁷⁸. Si limita, infatti, a motivare l'illegittimità costituzionale alla luce di parametri meramente interni (l'art. 2 Cost.) senza analizzare il contrasto sollevato in riferimento all'art. 8 CEDU per il tramite dell'art. 117, co.1, Cost.

L'incoerenza di tale *modus operandi* si evince dalla circostanza che mediante la sentenza Gondelli, i giudici di Strasburgo avevano invitato la Consulta a

⁵⁷⁵ *Ibidem.*

⁵⁷⁶ *Ibidem.*

⁵⁷⁷ *Ibidem.* Sul punto è bene rilevare che il legislatore è intervenuto a seguito della pronuncia della Corte costituzionale con la proposta di legge del 3 dicembre 2013, n. 1874. La *ratio* di tale intervento normativo è quello di rimuovere l'irretrattabilità del segreto mediante comunicazione alla madre della richiesta del figlio di ottenere informazioni circa la propria identità. In tali ipotesi, il Tribunale competente (quello del luogo di residenza dell'adottato) dovrà compiere l'ulteriore accertamento in merito al carattere ancora attuale della volontà della madre di mantenere il segreto.

⁵⁷⁸ Si veda sentenze n.162/14, cap.6, Par.1, C.1.; n. 96/15, cap. 6, par. 2, C.1.

riflettere sulla questione del c.d. “parto anonimo” e a superare il precedente giurisprudenziale con il quale era stata dichiarata l’infondatezza della questione. La Corte, dunque, sembra adeguarsi ai moniti di Strasburgo, in quanto con la sentenza in parola modifica il precedente orientamento, ponendo come punto di partenza del suo ragionamento proprio quanto affermato nella sentenza Gondelli, in merito alla rigidità della tutela assicurata all’anonimato della madre. Allo stesso tempo, però, supera il precedente e dichiara l’illegittimità della norma censurata alla luce di parametri meramente interni. Pertanto, non si spiega perché la Corte costituzionale si sia limitata a citare il precedente europeo affermando che “le criticità del sistema risultano dagli stessi rilievi formulati dalla Corte Edu”, senza però poi ricorrere al parametro esterno per fondare la questione di legittimità costituzionale.

La sentenza in parola, dunque, conferma l’esigenza della Corte di voler affermare un’autonoma competenza giurisdizionale che prescinde, tuttavia, dal sistema CEDU. Invero, la Corte pur richiamando “opportunamente” la sentenza Godelli, “non risolve la questione utilizzando la via della violazione” dell’art. 117, co.1, Cost., atteso che “dichiara l’incostituzionalità per violazione degli artt. 2 e 3 Cost.”⁵⁷⁹. Al contrario, le argomentazioni della Corte Edu sono state utilizzate dalla Consulta per motivare una questione di legittimità costituzionale in modo del tutto autonomo, alla luce di parametri costituzionali interni ritenuti di per sé sufficienti a garantire la tutela di taluni diritti. Potrebbe dirsi, dunque, che “gli ulteriori motivi di censura” risultino assorbiti proprio in quanto la norma oggetto di censura contrasta già con altre norme costituzionali. Secondo parte della dottrina, infatti, il mancato ricorso al parametro dell’art. 117 Cost. attraverso il mero richiamo della giurisprudenza europea evidenzia che la Corte “segue la via del dialogo con la Corte di Strasburgo, senza tuttavia lasciare a quest’ultima, e al testo che essa interpreta e applica, il ruolo di garante dei diritti”⁵⁸⁰. In senso contrario, altra parte della dottrina attribuisce valore residuale agli “obblighi internazionali”, tale per cui essi sono autonomamente evocabili a fondamento di una dichiarazione di

⁵⁷⁹ E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all’art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2013, (online).*

⁵⁸⁰ *Ibidem.*

incostituzionalità solo ove non vi sia altra disposizione costituzionale e sempre che costituiscano un'espansione di tutela rispetto a quella prevista dall'ordinamento interno⁵⁸¹.

In un'ottica di diritto internazionale, è chiaro che tale sentenza va ad aggiungersi a quel filone di pronunce che dopo il 2007 impongono una riflessione sui rapporti tra Corti, atteso che sul versante interno si assiste all'affermazione di un ruolo esclusivo da parte della Corte costituzionale quale "giudice dei diritti" in un'ottica di sovrapposizione di tutele piuttosto che di integrazione.

⁵⁸¹ M.RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il «caso» dell'art. 27, comma 3, Cost.1*, in *Rivista AIC*, n.2/2013, pp.157-172. L'A. richiama il principio della "massima espansione" delle garanzie a cui ricorre la stessa Corte costituzionale sentenza sul caso delle "pensioni svizzere" (n.264/2012, per approfondimenti si veda cap. 3, par.1, B.2.). Si rammenta che secondo tale principio il rispetto degli obblighi internazionali, ove venga in gioco un diritto fondamentale, non può portare a un *minus* di tutela rispetto a quanto già predisposto dall'ordinamento interno. Al contrario corollario di tale principio deve essere quello di ampliamento della tutela dei diritti fondamentali.

CAPITOLO 8

LA VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM* E IL DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO IN MATERIA DI ABUSO DI INFORMAZIONI PRIVILEGIATE, MANIPOLAZIONE DEL MERCATO E IN MATERIA TRIBUTARIA.

SOMMARIO: 1. L' abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato. – A. La sentenza Grande Stevens e altri c. Italia. – A.1. Il doppio binario penale-amministrativo viola il principio del *ne bis in idem*. – A.2. L'applicazione dei principi ex articoli 6 e 7 CEDU al diritto penale in senso stretto. – B. Le ricadute nell'ordinamento italiano. – B.1. Il giudice ordinario si pronuncia sui fatti concernenti manipolazioni del mercato. – B.2. Il giudice ordinario si pronuncia sui fatti concernenti abuso di informazioni privilegiate. – C. La Corte costituzionale dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale. – 2. *Segue*: I principi di diritto della sentenza *Grande Stevens* devono applicarsi nel processo Eternit. – 2.1. La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. – 3. La violazione del *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio in materia tributaria. – A. La giurisprudenza della Corte Edu. – A.1. La sentenza Niskanen c. Finlandia. – A.2. La sentenza Kiiveri c. Finlandia. – A. 3. La sentenza A & B c. Norvegia. – A.3.1 Le questioni rimesse alla Grande Camera. – A.3.2 Il principio di diritto. – A.3.3 Conclusioni. – B. La giurisprudenza italiana. – B.1. La giurisprudenza della Corte di cassazione. – B.2. Il giudice ordinario sollecita l'intervento della Corte costituzionale. – C. La Corte costituzionale restituisce gli atti al giudice remittente. – 4. I principi della giurisprudenza Cedu sul *ne bis in idem* si applicano anche alla sanzione della decadenza dal mandato parlamentare? (in attesa di una sentenza nel caso Berlusconi). – 4.1. La sentenza della Corte di cassazione. – 4.2. La natura penale delle disposizioni in materia di incandidabilità e decadenza dal mandato parlamentare e la violazione dell'art. 7 CEDU.

1. L'abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato.

Ulteriore ipotesi di contrasto tra ordinamento nazionale e sistema CEDU, si è posto con riferimento al regime del “doppio binario” penale-amministrativo di cui al D.lgs 58/1998 (di seguito: T.U.F), in materia di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato.

Per quanto concerne la fattispecie di manipolazione del mercato, questa è disciplinata dagli articoli 185 e 187 *ter*⁵⁸² T.U.F. che prevedono rispettivamente il delitto di manipolazione del mercato (art. 185) e l'analogo illecito amministrativo (art. 187 *ter*) con una larghissima sovrapposizione dei due ambiti di applicazione⁵⁸³. Le norme in parola, sanzionano la diffusione di notizie false o il compimento di operazioni simulate concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari.

La sanzione amministrativa pecuniaria disposta per la fattispecie amministrativa di manipolazione del mercato ex art. 187 *ter* è irrogata con procedimento dinanzi alla CONSOB⁵⁸⁴, l'autorità amministrativa di settore preposta alla vigilanza dei mercati finanziari con autonomi poteri sanzionatori.

La sanzione penale (la reclusione da uno a sei anni) e la multa (da euro ventimila a euro cinque milioni) è irrogata al ricorrere di tutti i requisiti soggettive e oggettivi dell'illecito penale di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 T.U.F.

Con riferimento alla fattispecie di abuso di informazioni privilegiate, il legislatore nazionale ha previsto un analogo regime. Invero, agli articoli 184 e 187 bis T.U.F. disciplina rispettivamente l'illecito penale e l'illecito amministrativo, descrivendo le relative sanzioni applicabili al ricorrere dei presupposti di legge.

Ciò premesso, il sistema così delineato, contrasta con il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, Protocollo n.7 CEDU⁵⁸⁵, posto che consente

⁵⁸² Così come modificati dalla legge n.62/2005. È bene ricordare, infatti, che prima dell'intervento legislativo in parola, le condotte di manipolazione del mercato erano sanzionate penalmente agli articoli 184 e 185 del T.U.F. Pertanto il legislatore aveva previsto rispettivamente due delitti, quello di abuso di informazioni privilegiate e quello di manipolazione del mercato. Con la riforma del 2005 tali delitti vengono affiancati da due illeciti amministrativi, volti a sanzionare sul piano amministrativo, rispettivamente le condotte di abuso di informazioni privilegiate (art. 187 *bis*) e di manipolazione del mercato (art. 187 *ter*).

⁵⁸³ F.VIGANÒ, *NE BIS IN IDEM e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani, Riflessioni de lege lata e ferenda sull'impatto della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2016, (online).

⁵⁸⁴ Procedimento disciplinato dal Regolamento n. 15086/2005.

⁵⁸⁵ Protocollo entrato in vigore nel 1988. Tale Protocollo non è stato ratificato da quattro Stati (Germania, Paesi Bassi, Turchia e Regno Unito) mentre altri quattro Stati lo hanno ratificato ma hanno espresso riserve o dichiarazioni interpretative secondo cui la nozione di "criminal" di cui alla norma in parola debba essere interpretata secondo la legislazione nazionale (Austria, Francia, Italia e Portogallo). Tuttavia, le riserve espresse da Austria e Italia non sono state ritenute valide ai sensi dell'art. 57,

l'applicazione cumulativa di sanzioni penali e amministrative (tali solo formalmente) per lo stesso fatto. Il principio in parola, invero, vieta che un soggetto sia sottoposto a due procedimenti distinti (che comportano, dunque, una duplicazione sanzionatoria) per il medesimo fatto. La Corte Edu, tuttavia, ha esteso l'ambito di applicazione del divieto in parola, rispetto all'analoga disposizione che sul piano del diritto interno vieta il *bis in idem*. L'art. 649 c.p.p., infatti, non opera nei rapporti tra sanzione amministrativa (anche eventualmente di natura sostanzialmente penale) e sanzione penale, atteso che fa espressamente riferimento all'impossibilità di sottoporre l'imputato prosciolto o condannato a un nuovo procedimento penale, per i medesimi fatti. La Corte Edu, al contrario estende il principio in parola ai rapporti tra sanzione amministrativa e penale, in tutti i casi in cui la sanzione amministrativa sia tale solo formalmente.

Ad ogni modo, nonostante la giurisprudenza consolidata della Corte Edu, la giurisprudenza nazionale continua ad avallare il sistema del doppio binario e lo stesso legislatore, non ha ancora ovviato alla contrarietà del sistema al principio del *ne bis in idem*. La giurisprudenza nazionale, infatti, per giustificare tale duplicazione punitiva, predilige esigenze di prevenzione generale e finalità retributive così contrastando i moniti provenienti da Strasburgo.

Si procederà, dapprima, all'analisi della giurisprudenza della Corte Edu nella materia degli abusi di mercato, per poi verificarne le ricadute sull'ordinamento interno anche in merito all'estensione di tali principi di diritto al di là del settore specifico di riferimento. In seguito, si esaminerà la recente sentenza di inammissibilità della Corte costituzionale.

A. La sentenza Grande Stevens e altri c. Italia.

Con la sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*⁵⁸⁶, la Corte Edu è chiamata a pronunciarsi su due questioni di preminente rilievo.

La prima relativa alla natura delle sanzioni irrogate dalla CONSOB per i fatti di manipolazione del mercato ex art. 187 *ter* T.U.F. e se data la loro natura

par. 2 CEDU, posto che non hanno fornito un'adeguata, seppur breve, esposizione della legge in vigore sul territorio nazionale che non sia conforme all'art. 4, Protocollo n. 7.

⁵⁸⁶ Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10.

penale sia violato il principio del *ne bis in idem* che vieta l'applicazione di una sanzione penale all'esito di un precedente procedimento conclusosi con l'adozione di una sanzione amministrativa che sia tale solo formalmente.

La seconda concernente la presunta violazione dell'art. 6 CEDU (diritto a un processo equo) del procedimento con il quale sono state irrogate tali sanzioni dinanzi alla CONSOB.

A.1. Il doppio binario penale-amministrativo viola il principio del *ne bis in idem*.

Con riferimento alla prima questione, la Corte Edu si sofferma, in via preliminare, sulla natura delle sanzioni irrogate dalla CONSOB per poi verificare se, data la peculiare natura di tali sanzioni, queste siano compatibili con il principio del *ne bis in idem*.

È bene rilevare che quanto ai criteri identificativi della natura (penale) di tali sanzioni, la sentenza in parola si limita a ribadire i principi affermati nei suoi consolidati precedenti giurisprudenziali in ordine alla nozione peculiare di *materia penale*⁵⁸⁷.

La giurisprudenza della Corte, infatti, ne ha elaborato una nozione peculiare che non necessariamente deve tener conto della qualificazione formale dettata per un determinato illecito nel diritto interno. Invero, ciò che assume rilevanza è una concezione sostanziale di penalità. Pertanto, le definizioni del diritto interno, costituiscono un mero punto di partenza, essendo libera la Corte di interpretare alla luce della Convenzione le nozioni di illecito e sanzione penale.

La natura “penale” della sanzione, quindi, deve essere valutata, alla luce degli autonomi criteri elaborati in giurisprudenza (c.d. criteri Engel⁵⁸⁸). Tali criteri, idonei a identificare l'esatto ambito applicativo della “materia penale” e delle relative sanzioni, sono: la qualificazione dell'infrazione, la sua natura e l'intensità della sanzione comminata. Trattasi di criteri alternativi e non cumulativi, fermo restando la possibilità di un'applicazione congiunta qualora

⁵⁸⁷ Par. 94 e ss.

⁵⁸⁸ Criteri elaborati nell'omonima sentenza Engel, già cit. sub-nota 293.

l'analisi separata di ciascun criterio non permetta di trarre una conclusione chiara in merito all'esistenza di una "accusa in materia penale"⁵⁸⁹.

La Corte, dunque, constata che le "manipolazioni del mercato" imputate ai ricorrenti non costituiscono reato per il diritto italiano, atteso che sono sanzionate tramite mere ammende amministrative dall'art. 187 *ter* del T.U.F.⁵⁹⁰. Ciò nonostante, valorizzando il terzo dei tre criteri sopra esposti (natura e grado della sanzione comminata) e considerato che le indicazioni del diritto interno hanno valore solo relativo, ritiene che sia necessario adottare un approccio sostanziale. Sono da considerarsi, quindi, a tutti gli effetti, "penali" le sanzioni con finalità preventive, retributive e afflittive di una certa rilevanza. Ne consegue che in considerazione della natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate dalla CONSOB, quest'ultime devono essere qualificate come vere sanzioni penali, indipendentemente dal dato formale interno che le qualifica come mere ammende amministrative⁵⁹¹. Si ritiene, pertanto, che la *ratio* perseguita dalla normativa interna, mediante la previsione di tali sanzioni, è "allo stesso tempo preventiva, cioè dissuadere gli interessati a ricominciare, e repressiva, in quanto sanzionano un'irregolarità. Tali sanzioni non hanno quindi soltanto lo scopo di risanare un pregiudizio di natura finanziaria, (...) essendo inflitte dalla CONSOB in funzione della gravità del comportamento incriminato e non del pregiudizio provocato agli investitori"⁵⁹².

Se ne desume, quindi, che le sanzioni irrogate dalla CONSOB per la fattispecie di manipolazione del mercato devono essere ricondotte nella nozione di "materia penale", in ragione della loro natura e del grado di severità delle stesse.

La Corte, non esita dal richiamare una serie di suoi precedenti giurisprudenziali nei quali, facendo applicazione dei medesimi principi, aveva qualificato come *penali* i procedimenti e le relative sanzioni ivi comminate da

⁵⁸⁹ Par. 94. In senso analogo si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*; sentenza del 31 luglio 2007, *Zaicevs c. Lettonia*.

⁵⁹⁰ Par. 95.

⁵⁹¹ Par. 99.

⁵⁹² Par. 96.

Autorità amministrative predisposte alla tutela e alla salvaguardia della concorrenza⁵⁹³.

Ciò posto, accertata la natura penale delle sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB, la Corte Edu è chiamata a verificare se il “doppio binario”, previsto per i comportamenti di manipolazione del mercato dal D.lgs 58/1998 agli articoli 185 e 187 *ter* violi il *ne bis in idem*.

Il sistema in parola, infatti, consente l’applicazione cumulativa di sanzioni penali e amministrative per lo stesso fatto⁵⁹⁴. Non è possibile, dunque, avviare un processo penale per i medesimi fatti in relazione ai quali siano state già comminate sanzioni amministrative dalla CONSOB, posto che si viola il divieto del *bis in idem*.

Sul punto, la Corte Edu osserva che il principio in parola deve essere inteso come “divieto di perseguire o giudicare una persona per un secondo reato quando quest’ultimo scaturisce da fatti che sono in sostanza gli stessi”⁵⁹⁵. Al fine, dunque, di estendere l’ambito applicativo dell’art. 4, Protocollo n.7, l’espressione “reato” deve intendersi come equivalente di “fatto storico”⁵⁹⁶. La norma in parola, infatti, mira ad evitare il rischio di un nuovo procedimento e non tanto di essere sanzionato due volte per lo stesso reato⁵⁹⁷. Come è noto, è a partire dal *revirement* giurisprudenziale del 2009, con la sentenza *Zolotukhin c. Russia*⁵⁹⁸, che la Corte, al fine di valutare il *medesimo fatto* su cui concorrono due sanzioni di natura penale, esclude che il punto di riferimento sia l’astratta previsione legislativa. In buona sostanza ha abbandonato il piano della tipicità, in quanto eccessivamente restrittivo dei diritti fondamentali dell’individuo.

⁵⁹³ Par. 100, in particolare, si veda *ex multis*, sentenza del 27 settembre 2011, Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, ric. n. 43509/08 nella quale attribuisce natura penale alle sanzioni irrogate dall’AGCM.

⁵⁹⁴ I ricorrenti erano stati sanzionati una prima volta dalla CONSOB per la condotta di manipolazione del mercato a titolo di illecito amministrativo ex art. 187 *ter* e al contempo era pendente, nei loro confronti, il processo penale per l’analogo delitto ex art. 185 T.U.F.

⁵⁹⁵ Par.219.

⁵⁹⁶ F. VIGANÒ, *NE BIS IN IDEM e contrasto agli abusi di mercato*, già cit. sub-nota 583.

⁵⁹⁷ Par. 220.

⁵⁹⁸ Corte europea dei diritti dell’Uomo, Grande Camera, sentenza del 10 febbraio 2009, ric. n. 14939/03. In particolare la Corte ha osservato che “the approach which emphasises the legal characterisation of the two offences is too restrictive on the rights of the individual, for if the Court limits itself to finding that the person was prosecuted for offences having a different legal classification it risks undermining the guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 rather than rendering it practical and effective as required by the Convention” (par. 81).

Pertanto, *l'identità del fatto* deve essere valutata sul piano concreto, utilizzando tutte le circostanze fattuali del caso di specie. I fatti sottoposti a due procedimenti di natura distinta devono essere *sostanzialmente* identici, al punto da essere sottoposti a un doppio trattamento sanzionatorio.

Alla luce di tali osservazioni, la Corte constata in primo luogo che bisogna considerare il procedimento dinanzi alla CONSOB come riguardante un'“accusa in materia penale” contro i ricorrenti⁵⁹⁹. Posto che le sanzioni ivi inflitte sono divenute definitive, i ricorrenti dovevano essere considerati come “già condannati per un reato a seguito di una sentenza definitiva” ai sensi dell'articolo 4 del Protocollo n. 7⁶⁰⁰.

In secondo luogo occorre stabilire se il nuovo procedimento penale pendente nei confronti dei ricorrenti abbia all'origine fatti che sono sostanzialmente gli stessi di quelli che costituivano l'oggetto della condanna definitiva. Poiché oggetto di entrambi i procedimenti era la diffusione di false informazioni sul mercato finanziario, deve ritenersi che il nuovo procedimento riguardava un secondo “reato” che ha all'origine fatti sostanzialmente identici a quelli che costituivano oggetto della condanna definitiva⁶⁰¹.

Da quanto sopra esposto ne consegue, pertanto, che l'art. 187 *ter* del Dlgs 58/1998 viola il principio del *ne bis in idem*, consacrato nell'art. 4 Protocollo n. 7 della CEDU, che vieta l'applicazione di sanzioni penali nei confronti dei medesimi soggetti e per i medesimi fatti oggetto di sentenza passata in giudicato.

A.2. L'applicazione dei principi ex articoli 6 e 7 CEDU al diritto penale in senso stretto.

Chiarita la natura delle sanzioni irrogate dalla CONSOB, la Corte passa ad esaminare la seconda questione relativa alla presunta violazione dell'art. 6 CEDU nel procedimento di irrogazione di tali sanzioni.

Al fine di verificare, dunque, se il procedimento di irrogazione della sanzione ex art. 187 *ter* abbia violato l'art. 6 CEDU, in quanto non equo e svoltosi

⁵⁹⁹ Par. 222.

⁶⁰⁰ *Ibidem*.

⁶⁰¹ Par. 224-227.

dinnanzi ad un organo (la CONSOB) privo di imparzialità e d'indipendenza, la Corte prende le mosse dalla qualificazione della natura penale della sanzione in parola. Invero, è dalla qualificazione di una sanzione amministrativa (tale solo formalmente) come di natura penale, che ne discende l'applicazione ad essa dei principi in materia penale.

Posto che, tale sanzione non può essere equiparata a una mera sanzione amministrativa, la Corte Edu si domanda fino a che punto i principi posti a presidio della materia penale possano trovare piena applicazione altresì alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali.

Nella sentenza in parola, viene richiamata la distinzione tra diritto penale in senso stretto e casi non rientranti nel diritto penale in senso stretto, proprio in quanto le “accuse in materia penale non hanno tutte lo stesso peso”⁶⁰². Tale distinzione, infatti, ha delle conseguenze in punto di disciplina applicabile. Solo ciò che rientra nel diritto penale in senso stretto soggiace ai principi posti a presidio della materia penale, tra cui gli articoli 6 e 7 CEDU. Al contrario, le garanzie offerte dal diritto penale non devono trovare necessariamente applicazione, se si è in presenza di una sanzione non rientrante nel c.d. hard core, in quanto dotata di minore afflittività.

Le sanzioni irrogate dalla CONSOB avrebbero sì natura penale, ma sarebbero dotate di minore afflittività rispetto a quelle rientranti nel diritto penale in senso stretto. Ne consegue, dunque, che la CEDU, non impone che tali sanzioni siano assistite, già nella fase amministrativa del procedimento che precede la fase giurisdizionale, da garanzie assimilabili a quelle che valgono per le sanzioni penali in senso stretto⁶⁰³. Al contrario, l'art. 6 CEDU impone solamente che le garanzie ad esso sottese (procedimento equo svoltosi nel rispetto del contraddittorio, dinanzi a un'autorità imparziale e indipendente) siano assicurate in una fase successiva dinanzi a un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione⁶⁰⁴. Non è necessario, dunque, che le regole del contraddittorio vengano rispettate nel procedimento amministrativo, quando vi sia un'autorità giudiziaria successiva che possa garantire l'applicazione di tali principi.

⁶⁰² Par. 120.

⁶⁰³ Par. 139.

⁶⁰⁴ *Ibidem*.

In conclusione, dunque, nulla osta a che le sanzioni di cui all'art. 187 *ter* siano irrogate da un'autorità amministrativa, in quanto dotata del potere di reprimere e perseguire gli abusi del mercato, anche nel corso di un procedimento che non offra garanzie procedurali di effettività del contraddittorio. Purché ai destinatari di tali sanzioni sia assicurata la possibilità di ricorrere dinanzi a un Tribunale che offra le garanzie di cui all'art. 6 CEDU⁶⁰⁵. Ciò che rileva, dunque, è che il principio ex art. 6 CEDU sia rispettato nella fase processuale, ancorché nella fase procedimentale esso non sia stato rispettato, proprio in quanto la natura della sanzione irrogata, non rientrando nel diritto penale in senso stretto, non impone un'applicazione *rigorosa* dei principi tipici della materia penale.

Nel caso di specie, il principio sotteso all'art. 6 CEDU potrebbe essere garantito dall'organo giurisdizionale dinanzi al quale poter ricorrere: ovvero la Corte d'appello.

La Corte europea ha osservato che la Corte d'Appello è un organo indipendente e imparziale dotato di piena giurisdizione⁶⁰⁶, tale da assicurare il rispetto dell'art. 6, par. 1. Tuttavia, poiché nel caso di specie la Corte d'appello di Torino non aveva tenuta una udienza pubblica⁶⁰⁷ (bensì un'udienza in Camera di consiglio), la Corte EDU ha riscontrato, solo rispetto a tale profilo, la violazione, dell'art. 6, par. 1, della CEDU.

B. Le ricadute nell'ordinamento italiano.

Divenuta definitiva la sentenza della Corte Edu⁶⁰⁸, l'adeguamento agli obblighi internazionali ha imposto la necessità di dover applicare il principio di diritto ivi enunciato. In buona sostanza, da un lato porre fine a tutti i *secondi* procedimenti in corso, con oggetto il *medesimo fatto* già contestato in un precedente procedimento. Dall'altro, modificare il sistema del doppio binario

⁶⁰⁵ Par. 138.

⁶⁰⁶ Par. 148 e 151.

⁶⁰⁷ Par. 153. È bene rilevare, che la Corte “ritiene che sia il caso di tener conto degli atti ufficiali del procedimento da cui si desume che la Corte d'appello si era riunita in Camera di consiglio”.

⁶⁰⁸ Comunicato stampa n. 203 (2014) dell'8 luglio 2014.

penale-amministrativo, in quanto contrastante con il principio convenzionale del *ne bis in idem*.

Infatti, come è noto il principio del *ne bis in idem* trova fondamento solo a livello di legge ordinaria nell'art. 649 c.p.p. il quale prevede per il giudice l'obbligo di pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere soltanto nel caso in cui l'imputato sia stato prosciolto o condannato con "sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili". Tale norma, dunque, esclude dal suo ambito di applicazione il dovere del giudice di pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nell'ipotesi in cui l'imputato sia già stato giudicato con provvedimento ormai irrevocabile per il *medesimo fatto*, in un procedimento di natura penale secondo i canoni convenzionali ma formalmente amministrativo alla luce del diritto interno.

Parte della dottrina⁶⁰⁹ osserva che le soluzioni possibili, al fine di conformarsi al *dictum* di Strasburgo, potrebbero essere di due tipi. La prima, consiste in un'interpretazione estensiva dell'art. 649 c.p.p. volta per l'appunto a estenderne il campo di applicazione alla fattispecie descritta dalla sentenza della Corte Edu. La seconda, invece, è diretta a coinvolgere nel dialogo tra organi giurisdizionali, anche la Corte costituzionale, mediante la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, co.1, Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU così come interpretato nella sentenza *Grande Stevens*.

⁶⁰⁹ F.Viganò, NE BIS IN IDEM e contrasto agli abusi di mercato, già cit. sub-nota 583. Secondo l'A. trattasi di soluzioni che consentono in qualche modo di risolvere tale "antinomia tra il diritto legislativo italiano e gli obblighi sovranazionali".

Si passeranno in rassegna gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità successivi alla sentenza della Corte Edu⁶¹⁰, per poi analizzare la sentenza della Corte costituzionale recentemente intervenuta sulla questione⁶¹¹.

B.1. Il giudice ordinario si pronuncia sui fatti concernenti manipolazioni del mercato.

Di recente⁶¹², la Corte di Cassazione ha sollevato, in relazione al processo Ricucci, la questione di legittimità costituzionale ex art. 117, co.1, Cost, della fattispecie di manipolazione del mercato (art. 187 *ter* T.U.F) per violazione del principio del *ne bis in idem* previsto dagli articoli 2 e 4 del Protocollo 7 della CEDU. La questione trasferisce alla valutazione della Corte costituzionale l'impatto della giurisprudenza CEDU nel nostro ordinamento, con specifico riferimento al precedente di manipolazione del mercato nella sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*.

Con l'ordinanza in parola, la Corte ritiene di dover fare applicazione dell'*overruling* giurisprudenziale, consentendo l'applicazione, nel giudizio dinanzi ad essa pendente, del principio del *ne bis in idem* tra sanzione amministrativa e sanzione penale, come elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Così da consentire, anche nel giudizio di Cassazione, la produzione tardiva di documenti (nonostante il divieto di cui all'art. 372

⁶¹⁰ È bene ricordare, infatti, che parte della giurisprudenza di legittimità, prima dell'intervento della sentenza Grande Stevens, aveva escluso il cumulo sanzionatorio tra illecito penale ex art. 185 e illecito amministrativo ex articoli 187 *ter* T.U.F. (si veda *ex multis*, Corte di Cassazione, sentenza del 16 maggio 2006, n. 15199). Valorizzando la clausola di salvezza posta nell'incipit dell'art. 187 *ter* ("salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato") la Corte ricorreva all'applicazione del principio di specialità ex art. 9, l. 689/1981, richiamando l'elemento specializzante, presente nell'illecito penale, e consistente nel dato quantitativo dell'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari causato dalle operazioni poste in essere sul mercato. La clausola di salvezza, dunque, è stata interpretata nel "senso di circoscrivere gli illeciti amministrativi in materia di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato ai soli casi non regolati dalle corrispondenti norme penali". Si veda sul punto, A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014, (online).

⁶¹¹ Corte costituzionale, sentenza dell'8 marzo 2016, n. 102.

⁶¹² Corte di Cassazione, Ordinanza n. 950 del 21 gennaio 2015.

c.p.c.⁶¹³) necessari proprio per effetto di un nuovo orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nell'ordinanza in commento, pertanto, la Corte esamina la fattispecie oggetto del giudizio dinanzi ad essa pendente, alla luce dei principi elaborati dalla sentenza *Grande Stevens*.

Dopo aver esposto la normativa nazionale che viene in rilievo e quindi il sistema del doppio binario di cui agli artt. 185 e ss. T.U.F., i giudici di legittimità ne rilevano il contrasto con il principio espresso dalla Corte europea: il divieto del *bis in idem* tra sanzione penale e sanzione (formalmente) amministrativa.

I giudici di legittimità ricordano che il principio in parola trova puntuale disciplina solo in materia penale (art. 649 c.p.p.). Tuttavia, ritengono non conforme ai dettami costituzionali la mancata previsione dell'allargamento del principio del *ne bis in idem* anche ai rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa di natura penale.

Per tali motivi, ritengono rilevante la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *ter* T.U.F. sollevata con l'ordinanza in commento, in quanto "(...) la previsione del doppio binario, e quindi, della cumulabilità tra sanzione penale e amministrativa di natura penale, non è conforme ai principi sovranazionali sanciti dalla CEDU"⁶¹⁴.

Non essendo possibile, dunque, un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 187 *ter* TUF che tenga conto della sentenza *Grande Stevens c. Italia*, la Corte di Cassazione rimette la questione di legittimità costituzionale della norma in parola, alla Corte Costituzionale, rilevando la violazione del principio del *ne bis in idem*, consacrato dall'art. 4 Protocollo n. 7 della CEDU. La norma in parola, quindi, diviene parametro di legittimità alla luce del quale valutare la conformità dell'art. 187 *ter* TUF.

L'ordinanza in commento si segnala per le affermazioni di particolare interesse del giudice di legittimità in merito ai rapporti con il sistema CEDU.

⁶¹³ La norma in parola, invero, preclude il deposito di atti e documenti non prodotti nei precedenti gradi del processo. Con eccezione di quelli concernenti la nullità della sentenza impugnata e l'ammissibilità del ricorso e del controricorso.

⁶¹⁴ Par. 3.

In primo luogo, ritengono che il principio espresso dalla Corte Edu, nella sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, sia “bidirezionale”⁶¹⁵. Invero, nel caso deciso dinanzi ai giudici di Strasburgo, è stata constatata la violazione del *ne bis in idem* in presenza di una sentenza penale successiva al giudicato su una sanzione amministrativa. Al contrario, nel caso pendente dinanzi alla Corte di Cassazione il giudicato penale precede quello amministrativo, ancora *sub iudice*. Ciò nonostante, secondo la Corte, il principio espresso dai giudici di Strasburgo “trova applicazione sia nel caso di sanzione amministrativa precedente quella penale sia nel caso inverso”⁶¹⁶. In buona sostanza, dunque, il giudice remittente estende il principio di diritto enunciato nella sentenza *Grande Stevens* anche ad ipotesi sulle quali la Corte Edu non si era espressa esplicitamente.

In secondo luogo, osservano che “la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, una volta divenuta definitiva tra le parti ai sensi dell'art. 44 della CEDU, ha effetti precettivi immediati assimilabili al giudicato”⁶¹⁷. Per tali ragioni, gli organi dello Stato hanno “l’obbligo giuridico, di conformare e di non contraddire la sua decisione al deliberato della Corte di Strasburgo”⁶¹⁸.

Dalla pronuncia della Corte di Cassazione, se ne desume in sostanza, come in un potenziale bilanciamento di interessi in gioco, prevalga di fatto il principio del *favor rei*, mediante l’applicazione, al di là del caso concreto, degli effetti del giudicato europeo. Questo, in quanto, l’esecuzione del giudicato europeo comporta, sul piano interno, che colui che sia già stato condannato in sede penale, non possa essere sottoposto ad un secondo procedimento per l’irrogazione di una sanzione che abbia natura amministrativa solo da punto di vista formale.

B.2. Il giudice ordinario si pronuncia sui fatti concernenti abuso di informazioni privilegiate.

⁶¹⁵ Par. 2.1.

⁶¹⁶ *Ibidem*.

⁶¹⁷ Par. 2.2.

⁶¹⁸ *Ibidem*. La Corte precisa inoltre che, in virtù di tale obbligo (discendente dall’art. 1 CEDU) “il giudice nazionale non può ignorare, l’interpretazione che delle norme pattizie viene data dalla Corte di Strasburgo (...) che della Convenzione è il più autorevole interprete” (par.3).

I principi di diritto della sentenza *Grande Stevens* vengono estesi dalla Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 1782⁶¹⁹, anche alla materia dell'abuso di informazioni privilegiate, per la quale il legislatore nazionale ha previsto un analogo "doppio binario" sanzionatorio⁶²⁰.

Con l'ordinanza in parola, dunque, il giudice *a quo* rimette alla Corte costituzionale due questioni di legittimità costituzionale, concernenti fatti di abuso di informazioni privilegiate ex art. 187 *bis* T.U.F in quanto contrastanti con il divieto del *ne bis in idem*. Ricorre, dunque, al parametro dell'art. 117, co.1 Cost., in relazione all' art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, non potendo praticare la via dell'interpretazione costituzionalmente conforme.

In via principale, solleva questione di legittimità costituzionale dell'articolo 187 *bis* T.U.F relativo all'illecito amministrativo dell'abuso di informazioni privilegiate nella parte in cui prevede "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato" anziché "salvo che il fatto costituisca reato". La Corte osserva che non è possibile un'interpretazione volta a escludere il cumulo tra sanzione amministrativa e penale. Questo è quanto si desume dall'*incipit* della norma, nonché dal meccanismo compensativo previsto dall'art. 187 *terdecies* tra pena pecuniaria e sanzione amministrativa pecuniaria⁶²¹.

In via subordinata, oggetto della questione è l'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo e per l'applicazione di una sanzione che sia da qualificarsi come penale alla luce della CEDU. La Corte osserva che per quanto concerne l'ambito di applicazione dell'art. 649 c.p.p., questo risulta limitato alle ipotesi di *due* procedimenti riferibili alla *medesima* autorità giudiziaria e non riferibili l'uno all'autorità giudiziaria penale e l'altra amministrativa⁶²².

⁶¹⁹ Corte di cassazione, sezione V, ordinanza del 10 novembre 2014, n. 1782, depositata il 15 gennaio 2015.

⁶²⁰ L'art. 184 T.U.F. che disciplina l'illecito penale e l'art. 187 *bis* T.U.F che prevede un raddoppio sanzionatorio sul piano amministrativo. Si veda M.SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014, (online) secondo cui, anche nel caso di specie si è in presenza di una duplicazione punitiva di "fatti tipici strutturalmente sovrapponibili".

⁶²¹ Par. 2.5.

⁶²² *Ibidem*.

Ciò posto, la Corte procede nel richiamare gli aspetti più significativi della sentenza della Corte Edu, considerando irrilevante che la pronuncia in esame risulti adottata da una sezione semplice della Corte⁶²³. Invero, sottolinea come i principi di diritto in essa enunciati facciano leva su due consolidati orientamenti della giurisprudenza di Strasburgo⁶²⁴. Il primo di essi riguarda la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa comminata dalla CONSOB che si fonda sui c.d. criteri Engel, oramai pacifici nella giurisprudenza di Strasburgo. Il secondo fa leva sull'accertamento *in concreto* e non tra fattispecie astratte al fine di valutare il *medesimo* fatto sottoposto a due procedimenti⁶²⁵.

La Corte osserva che quanto a tale ultimo aspetto, le fattispecie legali che vengono in rilievo (gli articoli 184 e 187 *bis* T.U.F) riguardano fatti di abuso di informazioni privilegiate e sono sovrapponibili anche sul piano *astratto*. Al contrario le fattispecie esaminate dinanzi alla Corte Edu (gli articoli 185 e 187 *ter* T.U.F) riguardavano una fattispecie *concreta* di manipolazione del mercato⁶²⁶.

Il punto focale dell'ordinanza si riscontra nell'affermazione, tramite il rinvio al caso *Scoppola*, della "portata più ampia" della sentenza europea rispetto alla violazione specificamente riscontrata nel dispositivo. Invero, nonostante la Corte Edu non abbia indicato misure di carattere generale *ex art. 46 CEDU* che lo Stato avrebbe dovuto adottare, è stata comunque accertata la violazione sistemica del principio del *ne bis in idem*⁶²⁷. Pertanto, posto che il sistema del doppio binario penale-amministrativo viola il principio in parola, è tale risultato che deve essere "normativamente escluso"⁶²⁸ dovendo, l'ordinamento interno apprestare soluzioni idonee a rimuovere la violazione strutturale.

⁶²³ Par. 3.2. Con ciò, dunque, contraddicendo il principio di diritto enunciato dalla Corte costituzionale (sentenza n.49/2015) che ha attribuito efficacia vincolante solo alla giurisprudenza consolidata della Corte Edu. Si ricorda, che tra i casi di giurisprudenza consolidata, la Corte aveva annoverato i casi in cui la sentenza era emessa dalla Grande camera e non da una Sezione semplice. Per approfondimenti si veda cap. 5, par. 1, C.

⁶²⁴ *Ibidem.*

⁶²⁵ *Ibidem.*

⁶²⁶ *Ibidem.*

⁶²⁷ *Ibidem.*

⁶²⁸ *Ibidem.*

Infine, la Corte richiama la normativa europea in materia di abusi di mercato (direttiva 2003/6/CE), al fine di escludere che la stessa abbia vincolato gli Stati nel senso di predisporre un doppio binario sanzionatorio⁶²⁹. La direttiva, infatti, prevede la mera possibilità e non l'obbligo per gli Stati membri di reprimere gli abusi di mercato tramite sanzioni penali⁶³⁰. Al contrario, ciò che la direttiva impone è che le sanzioni previste al fine di reprimere tali condotte siano "efficaci, proporzionate e dissuasive". Caratteri che possono essere adeguatamente soddisfatti da una sanzione di natura amministrativa. Inoltre, la Direttiva consente il "cumulo" tra sanzioni penali e amministrative, purché quest'ultima non abbia natura sostanzialmente penale⁶³¹. Nel qual caso si violerebbe il principio del *ne bis in idem* di matrice europea. Sarà compito dell'interprete, dunque, individuare i rimedi necessari a far fronte alle possibili elusioni del principio del *ne bis in idem*⁶³², ove il cumulo tra sanzioni si estrinsechi in una duplicazione di sanzioni penali, di cui l'una solo formalmente diversa da quella penale.

Al fine di delineare un quadro normativo esaustivo, la Corte procede nel richiamare anche il regolamento (UE) n. 596/2014⁶³³ che ha espressamente previsto che "gli Stati membri possono non stabilire norme relative a sanzioni amministrative ove le violazioni del mercato siano già soggette a sanzioni penali"⁶³⁴. L'emanazione di tale regolamento in combinato con la successiva Direttiva del 2014⁶³⁵ ha di fatto capovolto il rapporto tra sanzione amministrativa e penale rispetto a quello delineato dalla Direttiva del 2003. Invero, le principali fattispecie di abuso debbono essere sanzionate penalmente, per il tramite di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Al contrario la previsione di sanzioni amministrative è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri. Ne consegue, dunque, che il legislatore europeo, con la nuova

⁶²⁹ Par. 4.

⁶³⁰ *Ibidem*.

⁶³¹ *Ibidem*.

⁶³² La Corte richiama il principio elaborato dalla Corte di giustizia (Grande sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, secondo cui "spetta al giudice del rinvio valutare, se occorre procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali" (par. 36).

⁶³³ Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 che ha abrogato la Direttiva 2003/6/CE in precedenza esaminata.

⁶³⁴ Par. 4

⁶³⁵ Direttiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014.

normativa ha privilegiato la risposta sanzionatoria di tipo penale, alla luce dell'insufficienza del sistema sanzionatorio di tipo amministrativo a garantire il rispetto delle norme volte a prevenire gli abusi del mercato⁶³⁶.

E' quindi valorizzando il quadro normativo europeo, che la Corte di cassazione osserva che il sistema del doppio binario, che prevede il cumulo tra sanzione penale e amministrativa, debba essere modificato affinché l'ordinamento interno si adegui agli obblighi imposti dalla direttiva europea⁶³⁷. Al fine, altresì, di escludere una possibile violazione del principio del *ne bis in idem*.

In conclusione, la Corte osserva che anche ove la questione sollevata in via principale non dovesse essere accolta, è quantomeno necessario l'accoglimento della questione prospettata in via subordinata relativa all'art. 649 c.p.p.⁶³⁸. Il rimedio più consono, invero, a elidere il contrasto tra il sistema normativo italiano del doppio binario sanzionatorio e il divieto del *bis in idem*, è rappresentato da una sentenza manipolativa della Corte costituzionale⁶³⁹. In tal senso, la Corte richiama il precedente della Consulta⁶⁴⁰ nel quale era stata accolta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di consentire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Edu. Nell'ipotesi sottoposta all'esame della Corte di Cassazione, sussiste la medesima esigenza che ha orientato il precedente della Corte costituzionale. Il divieto di essere giudicato due volte per il medesimo fatto è posto a tutela di un diritto fondamentale di ciascun individuo. È necessario, dunque, sanare il *vulnus* costituzionale e gli effetti pregiudizievoli attinenti a tale diritto fondamentale, determinati dalla violazione di tale divieto, attraverso un intervento additivo della Corte costituzionale⁶⁴¹.

⁶³⁶ Par. 4.

⁶³⁷ Par. 5.

⁶³⁸ Par. 6.

⁶³⁹ *Ibidem*.

⁶⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza del 7 aprile 2011, n.113. Nel caso di specie, la Corte costituzionale aveva accolto la questione di legittimità costituzionale in quanto l'art. 630 c.p.p. così come formulato determinava "un *vulnus* costituzionale attinente ai diritti fondamentali non sanabile in via interpretativa e a cui, dunque, era necessario porre rimedio". Per approfondimenti si veda Cap. 2, par. B.2.

⁶⁴¹ Par. 6.

Per tali ragioni, la Corte di Cassazione rimette la questione di legittimità alla Corte costituzionale nei termini sopra esposti al fine di ottenere un intervento in parte demolitorio e in parte additivo delle disposizioni oggetto di censura.

C. La Corte costituzionale dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale.

La Corte costituzionale, con la sentenza n.102/2016⁶⁴², dichiara inammissibili entrambe le ordinanze di rimessione, che analizza in un unico giudizio riunito, dato che pongono questioni analoghe: la compatibilità del doppio binario sanzionatorio con il principio del *ne bis in idem*.

Per quanto concerne la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *bis* T.U.F., “è inammissibile, in quanto non rilevante nel giudizio *a quo*”⁶⁴³. Secondo la Corte, invero, il richiamo alla norma in parola è inconferente, posto che “ha già ricevuto definitiva applicazione dall'autorità amministrativa nel relativo procedimento (...)” di irrogazione della sanzione⁶⁴⁴. Inoltre, anche ove la questione venisse accolta, la violazione del *ne bis in idem* non poteva impedirsi, dato che “l'autorità giudiziaria precedente” avrebbe dovuto “comunque proseguire il giudizio penale ai sensi del precedente art. 184, benché l'imputato sia già stato assoggettato, per gli stessi fatti, a un giudizio amministrativo divenuto definitivo”⁶⁴⁵. Con riferimento a tale questione, dunque, la Corte conclude che, nonostante il divieto del *bis in idem* si risolva “in una frustrazione del sistema del doppio binario”⁶⁴⁶, spetta al legislatore ovviare “alle frizioni che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU”⁶⁴⁷. In buona sostanza, dunque, la Corte è consapevole che il regime del

⁶⁴² Sentenza del 12 maggio 2016, n.102.

⁶⁴³ Par. 6.1

⁶⁴⁴ *Ibidem*. Al contrario, oggetto del giudizio pendente dinanzi al giudice remittente era il reato di cui all'art. 184, co.1, lett. b) T.U.F. La norma in parola disciplina il corrispondente illecito penale di abuso di informazioni privilegiate.

⁶⁴⁵ *Ibidem*. Tale giudizio, dunque, doveva in ogni caso procedere, ancorché fosse revocata (ai sensi dell'art. 30, co. 4, l. 87/1953) la precedente sanzione irrogata dall'autorità CONSOB.

⁶⁴⁶ *Ibidem*.

⁶⁴⁷ *Ibidem*. Sul punto la Corte richiama i recenti interventi del Governo con l'art. 11, co. 1, lettera m), della legge delega 9 luglio 2015, n. 114 (Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea. Legge di delegazione europea 2014), per l'attuazione alla direttiva n. 2014/57/UE, che impone agli Stati membri di adottare sanzioni penali per i casi più gravi di abuso

doppio binario contrasti con il sistema convenzionale, ciò nonostante decide di non intervenire e di rimettere la questione al legislatore.

In ordine alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., sollevata in via subordinata, la Corte la dichiara a sua volta inammissibile per il “carattere perplesso della motivazione sulla sua non manifesta infondatezza”⁶⁴⁸. Infatti, lo stesso giudice remittente la definisce una mera “soluzione di ripiego”. Non a caso “l'eventuale intervento additivo richiesto sull'art. 649 c.p.p.” non porrebbe rimedio “alla violazione strutturale da parte dell'ordinamento italiano del divieto di *bis in idem* (...)”, in quanto risolverebbe soltanto i singoli casi concreti⁶⁴⁹. Invero, l'eventuale accoglimento della questione non determinerebbe un coordinamento tra procedimenti, né tantomeno un ordine di priorità tra gli stessi e le relative sanzioni⁶⁵⁰. Al contrario, impedirebbe solo la celebrazione o la conclusione di un secondo procedimento per il medesimo fatto, senza stabilire, tuttavia quale dei due debba prevalere. Tale incertezza determinerebbe, inoltre, un *vulnus* a taluni principi costituzionali di preminente rilievo. In primo luogo, sarebbe violato il principio di determinatezza e di legalità in materia penale ex art. 25 Cost. posto che la scelta circa quale sanzione applicare, se penale o amministrativa, viene rimessa alla valutazione del caso concreto. Il che porterebbe, inoltre, a una possibile elusione del principio di parità di trattamento e ragionevolezza ex art. 3 Cost. Infine, “la causalità e l'incertezza delle sanzioni applicabili” potrebbe pregiudicare, altresì, i “principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, imposti dal diritto dell'Unione europea”⁶⁵¹.

È bene rilevare che, nonostante la Corte solleciti l'intervento del legislatore al fine di rimediare alla “violazione strutturale”, preferibile sarebbe stato un suo intervento, ancorché con una sentenza additiva, per tutelare i diritti fondamentali che vengono in gioco⁶⁵². Invero, colui che ha già subito un procedimento divenuto definitivo, sia esso penale o amministrativo, vanta un

di mercato, commessi con dolo e permette loro di aggiungere una sanzione amministrativa.

⁶⁴⁸ Par. 6.2.

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

⁶⁵⁰ *Ibidem*.

⁶⁵¹ *Ibidem*. Ne conseguirebbe, inoltre, una violazione degli articoli 11 e 117 Cost.

⁶⁵² F.VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, (online).

diritto a non essere giudicato due volte. Tale diritto, dunque, in quanto diritto fondamentale della persona “deve trovare tutela da parte dei giudici italiani, con gli strumenti esistenti nell’ordinamento, eventualmente integrati da pronunce additive della Corte costituzionale”⁶⁵³. Quantomeno con riferimento ai processi in corso all’esito della sentenza della Corte costituzionale. Corretto, inoltre, sembrerebbe il richiamo che il giudice remittente compie al precedente della Corte costituzionale⁶⁵⁴ e che, invece, la Consulta sembra non tenere in considerazione. Posto che venivano in rilievo diritti fondamentali (diritto a un processo equo), la questione di legittimità costituzionale era stata accolta, proprio in quanto la Corte era “posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa”⁶⁵⁵. Non a caso, la Corte, aveva osservato che le conseguenze della sua decisione sarebbero state trattate dai giudici comuni, “avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione”. Non si spiega, dunque, come mai la Corte abbia deciso di non intervenire, nonostante la necessità di un intervento repentino, posto che, anche nel caso di specie, sono in gioco diritti fondamentali della persona. Indubbiamente, sarebbe stata più consona una sentenza di accoglimento, volta quantomeno a risolvere i processi pendenti e garantire una tutela effettiva a coloro che siano stati già condannati in un procedimento (penale o amministrativo) e nei cui confronti pende un secondo giudizio. Sarebbero stati, poi, “i giudici comuni a trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo”⁶⁵⁶.

Infine, la Corte esamina la questione di legittimità costituzionale dell’art. 187 *ter* T.U.F., anch’esso incompatibile con il divieto di essere giudicato due volte in due procedimenti distinti. La questione è ritenuta parimenti inammissibile, “in quanto formulata in maniera dubitativa e perplessa”⁶⁵⁷.

⁶⁵³ *Ibidem*. L’A. osserva che, indubbiamente, la Corte non è legittimata ad eliminare le incongruenze insite nel sistema normativo, pena la violazione del principio di separazione dei poteri. Tuttavia, rientra tra i doveri della giurisdizione “evitare che si producano, o continuino a prodursi, lesioni di tale diritto ad opera dell’azione dei pubblici poteri”.

⁶⁵⁴ Sentenza n.113/2011.

⁶⁵⁵ Par. 8, sentenza n.113/2011 di accoglimento della questione di legittimità costituzionale dell’art. 630 c.p.p. “nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte Edu che abbia accertato l’assenza di equità del processo, ai sensi dell’art. 6 della CEDU”.

⁶⁵⁶ *Ibidem*.

⁶⁵⁷ Par. 6.3.

Secondo la Corte, invero, il giudice remittente non avrebbe adeguatamente chiarito le perplessità da lui stesso sollevate in merito “alla compatibilità tra la giurisprudenza della Corte Edu e i principi del diritto dell’Unione europea- sia in ordine alla eventuale non applicazione della normativa interna, sia sul possibile contrasto tra l’interpretazione del principio del *ne bis in idem* prescelta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e quella adottata nell’ordinamento dell’Unione europea”⁶⁵⁸. Tali dubbi, secondo, la Corte devono necessariamente essere sciolti, al fine di ritenere la questione manifestamente fondata.

Per le ragioni sopra esposte, dichiara inammissibili tutte le questioni prospettate.

La sentenza di inammissibilità della Corte costituzionale non risolve, dunque, la frizione esistente tra l’ordinamento nazionale e la CEDU, generata dalla presenza nel sistema normativo di un doppio binario sanzionatorio. Il che comporta che spetterà nuovamente ai giudici comuni confrontarsi con tale sistema e soprattutto evitare ulteriori condanne per violazione della CEDU. Si ripropone, così, la questione relativa a quali siano gli interventi auspicabili da parte degli organi giurisdizionali che, tuttavia, garantiscano il rispetto degli obblighi internazionali. In altre parole se sia possibile “assicurare direttamente tutela al diritto convenzionale in questione, in particolare arrestando il processo penale (...)”⁶⁵⁹, ove il processo amministrativo si sia già concluso e il relativo provvedimento sanzionatorio sia divenuto definitivo.

Parte della dottrina⁶⁶⁰, dunque, osserva che le soluzioni possibili potrebbero essere due.

Una prima soluzione auspicabile potrebbe essere quella di “non applicare” la normativa interna (gli articoli 187 e ss. T.U.F.) e applicare quella convenzionale. In tutti casi in cui, ovviamente, la normativa in parola rientri nell’ambito di applicazione del diritto dell’Ue, tale per cui troverebbe applicazione diretta l’art. 50 CDFUE⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ *Ibidem.*

⁶⁵⁹ F. VIGANÒ, già cit. sub-nota 652.

⁶⁶⁰ *Ibidem.*

⁶⁶¹ Norma che, come è noto, disciplina il principio del *ne bis in idem* al pari dell’art. 4, Protocollo n.7 CEDU. In senso contrario alla diretta applicazione dell’art. 50 CDFUE si veda G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2010-2015)*, pp. 694-716, CEDAM, 2016. Secondo l’A. l’effetto diretto dell’art. 50 CDFUE non può comportare un’automatica

Una seconda soluzione, consentirebbe al giudice comune di garantire una diretta applicazione dell'art. 4, protocollo n.7 CEDU, ove non sia possibile invocare il diritto dell'Unione⁶⁶². Secondo tale orientamento, invero, ciò che è precluso al giudice comune è di applicare la normativa convenzionale in luogo di quella nazionale. Al contrario, nulla esclude, un'applicazione diretta della CEDU o dei suoi protocolli, ove abbiano un ambito di applicazione non sovrapponibile a quello del diritto nazionale⁶⁶³.

2. Segue: I principi di diritto della sentenza *Grande Stevens* devono applicarsi nel processo Eternit.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte Edu nella sentenza *Grande Stevens*, “non è limitato alle ipotesi di doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale, bensì deve estendersi ai casi in cui la duplicazione processuale e sanzionatoria abbia natura penale”.

Questa la motivazione del Tribunale di Torino⁶⁶⁴ nel ritenere manifestamente fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nell'interpretazione della consolidata giurisprudenza interna, per violazione dell'art. 117 co. 1, Cost. in relazione all'art. 4 Protocollo 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

La decisione del Tribunale, prende le mosse dalla nota vicenda Eternit, che si era recentemente conclusa con una sentenza della Corte di cassazione per

disapplicazione dell'art. 649 c.p.p., posto che il contenuto di tale norma “rappresenta il secolare deposito di un insieme di garanzie che (...) traducono la sostanza di principi di assoluto rilievo costituzionale”. Ne consegue che l'applicazione della norma in parola deve essere valorizzata “nel più ampio contesto di un necessario bilanciamento (...) tra gli interessi generali dell'Unione e le esigenze imperative che derivano dal rispetto del patrimonio costituzionale degli Stati membri”.

⁶⁶² F. VIGANÒ, già cit. sub-nota 652.

⁶⁶³ *Ibidem*. Secondo l'A. è proprio quanto accade con riferimento ai rapporti tra art. 4, Protocollo n. 7 e l'art. 649 c.p.p. Tali norme, invero, avrebbero ambiti di applicazione distinti. Come già osservato in precedenza, la norma convenzionale ha un ambito di operatività più ampio rispetto all'art. 649 c.p.p. che consentirebbe, dunque, al giudice comune di applicarla direttamente senza dover “disapplicare” la norma interna di riferimento.

⁶⁶⁴ Tribunale di Torino, Sezione giudici per le indagini preliminari, ordinanza del 24 luglio 2015.

l'avvenuta prescrizione dei delitti contestati all'imputato⁶⁶⁵. A seguito di tale pronuncia la difesa aveva attivato un nuovo procedimento (c.d. Eternit *bis*) diretto a contestare un delitto diverso da quello precedentemente dichiarato prescritto, ovvero il delitto di omicidio ex art. 575 c.p.

Dinanzi al Tribunale, dunque, veniva invocata una sentenza di non doversi procedere ex art. 649 c.p.p. pena la violazione del *ne bis in idem*, poiché l'imputato sarebbe già stato giudicato nel procedimento Eternit per i medesimi fatti, ancorché in un primo momento diversamente qualificati. In via subordinata, la difesa dell'imputato demanda al giudice di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una questione pregiudiziale di interpretazione dell'art. 50 CDFUE.

Il giudice remittente, contrariamente a quanto richiesto dalla difesa, solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione al parametro del 117, co.1, Cost. atteso che il divieto del *ne bis in idem* ha, nell'ordinamento processuale italiano, un diverso ambito di applicazione rispetto all'ordinamento europeo. L'asserito contrasto, dunque, è tra l'interpretazione che la giurisprudenza nazionale fornisce del principio in parola e quella fornita dalla giurisprudenza di Strasburgo. Invero, l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, secondo la giurisprudenza costante della Corte di cassazione, è limitata ai casi in cui si accerti che il *fatto* su cui concorrono due sanzioni di natura penale sia il *medesimo* da valutarsi attraverso una comparazione in astratto delle fattispecie legislative. Il che implica, dunque, che *l'identità del fatto* non deve essere valutata alla luce dei fatti storici oggetto in concreto dei diversi procedimenti, bensì attraverso una valutazione in astratto di tutti gli elementi costitutivi delle fattispecie legislative e dei beni giuridici da esse tutelate. Ne consegue, dunque, che qualora lo stesso fatto materiale, risulti sussumibile anche in una diversa fattispecie astratta, l'inizio di un nuovo procedimento per il diverso reato non costituirà violazione del *ne bis in idem*.

⁶⁶⁵ Corte di Cassazione penale, sez. I, sentenza del 19 novembre 2014, (depositata il 23 febbraio 2015), n. 7941. I delitti contestati e dichiarati prescritti erano i delitti di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro ex art. 437 c.p., aggravato dalla verifica degli infortuni, e di disastro doloso ex art. 434 c.p., aggravato dalla verifica del disastro.

L'art. 649 c.p.p. così inteso, dunque, ha un ambito di applicazione più ristretto rispetto alla corrispondente norma CEDU (art. 4, protocollo n.7) che è interpretata estensivamente dalla Corte Edu. Invero, come è noto, quest'ultima, al fine di valutare il *medesimo fatto* su cui concorrono due sanzioni di natura penale, esclude che il punto di riferimento sia l'astratta previsione legislativa. È necessario, infatti, che *l'identità del fatto* sia valutata sul piano concreto, utilizzando tutte le circostanze del caso di specie.

Sul punto, il giudice remittente richiama ampiamente la giurisprudenza di Strasburgo⁶⁶⁶ a partire dalla quale costituisce principio di diritto consolidato che “ai fini dell'accertamento della sussistenza del *bis in idem*, non si tratta di verificare se vi sia coincidenza tra gli *elementi costitutivi degli illeciti*, ma se vi sia sovrapposibilità tra i fatti oggetto di diverse contestazioni e riconducibili alla *medesima condotta*”. La Corte Edu, dunque, ha delimitato l'ambito applicativo del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4, Protocollo n. 7 CEDU.

Passaggio fondamentale dell'ordinanza è quello in cui il giudice remittente afferma che il criterio di valutazione dell'identità del fatto elaborato dalla Corte Edu, in materia di doppio binario sanzionatorio ha portata generale. Infatti, nonostante sia stato elaborato per valutare la compatibilità con la CEDU di un doppio procedimento penale-amministrativo, esso deve necessariamente trovare applicazione, anche nei casi in cui entrambi i procedimenti siano classificati come penali.

Ciò posto, il Tribunale osserva che l'art. 649 c.p.p., così come interpretato dalla giurisprudenza nazionale, si pone in contrasto con l'art. 4, Protocollo n. 7 della CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e conseguentemente con l'art. 117, co.1, Cost., nella parte in cui limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo “fatto giuridico” nei suoi elementi costitutivi.

È necessario, dunque, tenere in considerazione il principio di diritto elaborato dalla consolidata giurisprudenza di Strasburgo, atteso che si è in presenza di un *orientamento consolidato* che secondo le indicazioni della Corte

⁶⁶⁶ Il richiamo è alla sentenza Zolotukhine c. Russia, già cit. sub-nota 598; Grande Stevens c. Italia, già cit. sub-nota 586; Lucky Dev c. Svezia, del 27 novembre 2014, ric. n. 7356/2010.

costituzionale⁶⁶⁷ deve necessariamente essere preso in considerazione da parte del giudice nazionale, nei limiti in cui non contrasti con la Costituzione.

Secondo il giudice remittente non si ravvisano profili di incompatibilità tra l'art. 4, Protocollo n.7 CEDU e la Costituzione. Al contrario, la nozione di *ne bis in idem* elaborata dalla Corte Edu, è pienamente conforme all'art. 111, co.2 Cost. e alla sua *ratio*. Infatti, l'art. 4, Protocollo n. 7 CEDU, nell'assicurare al soggetto autore dei fatti contestatagli che, una volta processato, non sarà sottoposto a nuovi processi per il medesimo fatto storico, costituisce piena attuazione del principio di "ragionevole durata del processo". Invero, preclude che un soggetto possa mantenere la qualifica di imputato oltre "la ragionevole durata del (primo) processo".

Tuttavia, l'art. 649 c.p.p. non può essere interpretato in senso conforme alla CEDU, atteso che il giudice remittente esclude di potersi discostare dall'orientamento consolidato della Corte di Cassazione. Infatti, anche ove se ne discostasse, "il giudice nazionale finirebbe per assegnare alla disposizione interna un significato del *tutto eccentrico* rispetto alla sua lettera e a come essa vive nell'ordinamento, compiendo un'operazione che la stessa Corte Costituzionale ha censurato"⁶⁶⁸.

Ne consegue, dunque, che l'art. 649 c.p.p. in via astratta è compatibile con l'art. 4, Protocollo n.7 CEDU, atteso che dal punto di vista strutturale e letterale è perfettamente sovrapponibile alla norma CEDU. Tuttavia, sussiste "un'incompatibilità tra il diritto vivente da un lato e i parametri costituzionali ed europei dall'altro", atteso che è l'interpretazione data alla norma in parola che si pone in senso contrario alla Costituzione (art. 117, co.1 Cost.) e in via indiretta con la CEDU. Per tali ragioni viene rimessa la questione alla Corte costituzionale, la quale è chiamata a verificare se il principio enunciato dall'art. 4 Protocollo n. 7 abbia un campo di applicazione diverso e più favorevole all'imputato rispetto a quello di cui all'art. 649 c.p.p.

2.1. La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.

⁶⁶⁷ Sentenza n. 49/2015, per approfondimenti si veda cap. 5, par. 1, C.

⁶⁶⁸ Si veda, Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 28 marzo 2013, n. 37425.

La Corte costituzionale, con la sentenza in parola⁶⁶⁹, è chiamata a verificare se “il principio del *ne bis in idem* in materia penale, enunciato dall’art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, abbia un campo applicativo diverso e più favorevole all’imputato del corrispondente principio recepito dall’art. 649 c.p.p.”⁶⁷⁰.

Al fine di risolvere la questione ad essa sottoposta, la Corte richiama la giurisprudenza della Corte Edu, intervenuta per risolvere la portata applicativa della norma in parola⁶⁷¹. Il divieto di essere processato due volte per il *medesimo fatto*, per il quale vengono applicate due sanzioni distinte, deve essere valutato alla luce di una concezione naturalistica del fatto. A nulla rileva, dunque, la qualificazione giuridica che ne dà l’ordinamento penale, atteso che “la medesimezza del fatto si apprezza alla luce delle circostanze fattuali concrete”⁶⁷².

Fatte tali premesse, la Corte osserva che nessun principio di rilevanza costituzionale “può rendere giusto, e quindi conforme a Costituzione, un processo che abbia violato i diritti fondamentali (...) della persona che vi è soggetta”⁶⁷³. Tra questi non può non annoverarsi il “principio di civiltà giuridica (...) espresso dal divieto di *bis in idem*”⁶⁷⁴, in virtù del quale l’individuo è sottratto a “reiterate iniziative penali per il medesimo fatto”. Anche perché, se si accertasse che la norma oggetto di censura (l’art. 649 c.p.p.) contrasti con l’art. 117, co.1, Cost., a essere violati sarebbero anche gli articoli 24 e 111 Cost. Invero il divieto del *ne bis in idem* deve essere ricollegato a tali disposizioni, ancorché non trovi fondamento espresso nella Costituzione⁶⁷⁵. Ne consegue che l’interpretazione dell’art. 649 c.p.p., secondo cui per *medesimo fatto* debba intendersi il medesimo fatto giuridico (*idem legale*) e non storico (*idem factum*)

⁶⁶⁹ Corte costituzionale, sentenza del 31 maggio 2016, n. 200.

⁶⁷⁰ Par. 4.

⁶⁷¹ A partire dalla sentenza della Grande Camera Zolotoukine, già cit. sub-nota 598.

⁶⁷² Par. 4. “E’ perciò pacifico che la Convenzione recepisce il più favorevole criterio dell’*idem factum*, a dispetto della lettera dell’art. 4 del Protocollo n.7, anziché la più restrittiva nozione di *idem legale*”.

⁶⁷³ Par. 6.

⁶⁷⁴ *Ibidem*.

⁶⁷⁵ Par. 7. La Corte prosegue osservando che tale principio, infatti, è compatibile con l’ordinamento giuridico nel suo complesso. Con cui, al contrario contrasterebbe “una normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni giurisdizioni in perpetuo divenire”.

“appare troppo debole per accordarsi con simili premesse costituzionali”⁶⁷⁶. Infatti, è minoritario e, dunque da abbandonare, quell’orientamento giurisprudenziale che attribuisce all’art. 649 c.p.p. una portata applicativa più ristretta, qualificando il medesimo fatto come medesimo fatto giuridico⁶⁷⁷. Erra, pertanto, il giudice remittente nel ritenere che tali interventi giurisprudenziali, definiti *occasionalis* dalla Corte, possano conferire all’art. 649 c.p.p. un significato difforme rispetto alla lettera della legge e alla normativa interposta⁶⁷⁸.

Invero, tanto l’art. 649 c.p.p. quanto l’art. 4 Protocollo n. 7, così come interpretate dalla rispettiva giurisprudenza, adottano una nozione di “medesimo fatto storico”⁶⁷⁹. Non vi sarebbe spazio, dunque, per un contrasto tra la norma nazionale e quella convenzionale.

La seconda questione, sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi concerne la compatibilità con l’art. 4, Protocollo n. 7 dell’art. 649 c.p.p., così come interpretato dalla consolidata giurisprudenza nazionale che “vieta di applicare il principio del *ne bis in idem* ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto”⁶⁸⁰.

Come è noto, il legislatore ha disciplinato nel codice penale gli istituti del concorso apparente di norme e del concorso di reati (sia esso formale o materiale). Nell’ipotesi in cui si escluda l’esistenza di un concorso apparente di norme, risolvibile per il tramite del principio di specialità, troverà applicazione la disciplina del concorso formale di reati. Sicché si attribuiranno all’imputato “tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un’unica condotta commissiva o omissiva, per quanto il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico”⁶⁸¹.

⁶⁷⁶ *Ibidem*. Invero, il criterio dell’*idem factum* che consente di accertare il medesimo fatto alla luce delle circostanze concrete del fatto storico, “scongiora il rischio che la proliferazione delle figure di reato, alle quali in astratto si potrebbe ricondurre lo stesso fatto, offra l’occasione per iniziative punitive, tali da porre perennemente in soggezione l’individuo di fronte a una tra le più penetranti e invasive manifestazioni del potere sovrano dello Stato-apparato”.

⁶⁷⁷ Par. 8.

⁶⁷⁸ *Ibidem*. La Corte costituzionale ricorda, richiamando la sentenza delle Sezioni unite del 2005 (sentenza del 28 giugno 2005, n. 34655), che l’orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità sostiene che “l’identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato”.

⁶⁷⁹ *Ibidem*.

⁶⁸⁰ Par. 9.

⁶⁸¹ Par. 10.

Ciò posto, la Corte osserva che in linea astratta non sussiste alcuna sovrapposizione tra l'art. 649 c.p.p. e l'istituto del concorso formale. Invero, il divieto di *bis in idem* ha una portata processuale che esclude un secondo procedimento per il medesimo fatto, “sia che esso costituisca un solo reato, sia che integri plurime fattispecie delittuose realizzate con un'unica azione od omissione”. Al contrario, il concorso formale è istituito di diritto sostanziale che non si sovrappone, dunque, all'area normativa coperta dall'art. 649 c.p.p.⁶⁸². Tuttavia la Corte è “obbligata a prendere atto che il diritto vivente ha saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale recato dal divieto di *bis in idem*”⁶⁸³. In altre parole, le garanzie sottese al principio in parola vengono eluse “per la sola circostanza che il reato già giudicato definitivamente concorre formalmente con il reato per il quale si procede”⁶⁸⁴.

In conclusione, dunque, la Corte ravvisa un contrasto tra l'art. 649 c.p.p., così come interpretato dalla giurisprudenza nazionale e il principio del *bis in idem* di portata convenzionale. Invero, sul piano del diritto interno, la giurisprudenza pacifica, al fine di individuare l'esistenza di un concorso formale di reati o di un concorso apparente di norme, considera gli elementi integrativi del fatto. È necessaria, cioè un'analisi dell'*idem legale*. Operazione, questa che “deve reputarsi sbarrata dall'art. 4, protocollo n.7, perché segna l'abbandono dell'*idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*”⁶⁸⁵. Ne consegue che è precluso il ricorso a qualsiasi criterio di giudizio connesso agli *aspetti giuridici del fatto*⁶⁸⁶, atteso che, al fine di rispettare gli obblighi internazionali ex art. 117, co.1 Cost. *l'identità del fatto* deve essere valutata sul piano concreto, utilizzando tutte le circostanze fattuali del caso di specie.

⁶⁸² *Ibidem*.

⁶⁸³ *Ibidem*.

⁶⁸⁴ *Ibidem*. Nel caso di specie, le conseguenze dell'applicazione dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza nazionale, sarebbero quelle secondo cui, il giudice remittente dovrebbe procedere nel secondo giudizio (per il delitto di omicidio) nonostante l'avvenuta conclusione del precedente giudizio (per prescrizione). Ciò in ragione della circostanza che i reati, oggetto del primo e del secondo giudizio, sono in concorso formale tra loro e, come detto, la giurisprudenza esclude l'operatività del principio del *bis in idem* nelle ipotesi di concorso formale di reati.

⁶⁸⁵ Par. 11.

⁶⁸⁶ *Ibidem*.

Così la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, co.1, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale. Ad ogni modo, la Corte precisa che "l'esistenza o meno di un concorso formale di reati è del tutto ininfluenza nella determinazione di un eventuale *bis in idem*, una volta che l'art. 649 c.p.p. sia stato ricondotto a conformità costituzionale"⁶⁸⁷ e, quindi, sia stato valutato il medesimo fatto sul piano concreto e non sul piano astratto.

La Corte conclude precisando in che modo il giudice *a quo* deve risolvere il procedimento dinanzi ad esso pendente, al fine di verificare se sussista o meno una violazione del principio del *ne bis in idem*, così come interpretato a livello convenzionale. Il giudice, "sarà tenuto a porre a raffronto il fatto storico, (...) oggetto del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto (...) a base della nuova imputazione"⁶⁸⁸. Inoltre, alla luce delle considerazioni sopra esposte, a nulla rileverà "l'esistenza di un concorso formale".

3. La violazione del *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio in materia tributaria.

A. La giurisprudenza della Corte Edu

A.1. La sentenza *Nikanen c. Finlandia*.

La questione relativa alla compatibilità del doppio binario penale-amministrativo con il principio del *ne bis in idem* si è posta di recente anche in materia tributaria.

Con la sentenza in commento⁶⁸⁹, la Corte Edu giudica incompatibile la legislazione tributaria finlandese con il divieto del *ne bis in idem*, così ampliandone la portata al di là del caso deciso nella precedente sentenza *Grande Stevens*.

⁶⁸⁷ Par. 12.

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

⁶⁸⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sezione IV, sentenza del 20 maggio 2014, *Nikanen c. Finlandia*, ric. n. 11828/11.

Le prime argomentazioni della Corte non si discostano in nulla dalla propria giurisprudenza, oramai consolidata.

Ricorda, infatti, che al fine di stabilire la natura penale di una sanzione occorre procedere a una *valutazione sostanziale* che prescindendo dalla qualificazione del diritto interno. Altrimenti, l'applicazione di tale disposizione sarebbe lasciata alla discrezionalità degli Stati contraenti e si giungerebbe a risultati incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione⁶⁹⁰.

Ne consegue che, la nozione di “penal procedure” ex art. 4, Protocollo n.7 CEDU deve essere interpretata alla luce della nozione di “criminal charge” e “penalty” ex articoli 6 e 7 CEDU. Rilevanti, in tal senso i c.d. criteri Engel che consentono di qualificare o meno come di natura penale un determinato procedimento e soprattutto le sanzioni che ne conseguono⁶⁹¹. Ricorda, inoltre, che nel sistema finlandese, le “tax surcharges” non sono irrogate a titolo di risarcimento del danno ma come un vero e proprio “punishment to deter re-offending”⁶⁹². Sicché, valorizzando la finalità sottesa alla sanzione amministrativa e un approccio di tipo sostanziale, la Corte sostiene la natura afflittivo-penale della sanzione amministrativa pecuniaria (sovrattassa).

Al contempo, constata che i fatti all'origine dei due procedimenti, penale e amministrativo, sono sostanzialmente gli stessi. La valutazione della “same offence” quale condizione per valutare la violazione del *ne bis in idem* è condotta alla luce dei principi enunciati nella sentenza *Zolotukhin c. Russia*. Occorre, dunque, mettere a confronto non le fattispecie astratte bensì quelle in concreto verificatesi, tenuto conto delle circostanze specifiche del caso concreto⁶⁹³.

Per quanto concerne il presupposto che uno dei due procedimenti si sia concluso con una decisione definitiva, la Corte ricorda che una decisione è definitiva quando ha acquisito efficacia di “res judicata”⁶⁹⁴. In particolare, può definirsi tale quando sia divenuta irrevocabile e “when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or

⁶⁹⁰ Par. 38.

⁶⁹¹ Paragrafi 38-42.

⁶⁹² Par. 40.

⁶⁹³ Par. 42. In particolare la Corte osserva che “(...) it was therefore important to focus on those facts which constituted a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which had to be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings”.

⁶⁹⁴ Par. 44.

have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them”⁶⁹⁵. Nel caso di specie, il procedimento tributario diretto a irrogare la sanzione tributaria è divenuto definitivo nel senso sopra chiarito.

Ciò posto, la Corte Edu procede nel ricordare che l’art. 4 Protocollo n. 7 “clearly prohibits consecutive proceedings if the first set of proceedings has already become final at the moment when the second set of proceedings is initiated”⁶⁹⁶. Tuttavia, ove i due procedimenti non siano consecutivi bensì procedano parallelamente, il principio del *ne bis in idem* può dirsi rispettato ove l’ordinamento interno predisponga adeguate misure volte a coordinare la pendenza di due procedimenti, penale e amministrativo, nei confronti di un medesimo soggetto e per il medesimo fatto⁶⁹⁷.

Nella legislazione finlandese i due procedimenti proseguono e diventano definitivi indipendentemente l’uno dall’altro⁶⁹⁸. Inoltre, manca ogni genere di coordinamento tra le diverse autorità che procedono autonomamente sia nell’accertamento del fatto, sia nella fase di commisurazione della pena⁶⁹⁹.

Per tali motivi, la Corte sostiene che vi sia stata una violazione dell’art. 4 Protocollo n.7 CEDU, dal momento che la ricorrente era stata condannata due volte per il medesimo fatto in due procedimenti distinti.

A.2. La sentenza Kiiveri c. Finlandia.

Con una nuova sentenza di condanna⁷⁰⁰, la Corte Edu ribadisce l’incompatibilità della legislazione tributaria finlandese con il principio del *ne bis in idem*.

La questione è sostanzialmente analoga alla precedente, in quanto oggetto del giudizio dinanzi alla Corte è la duplice condanna (penale e amministrativa) di un imprenditore per un *medesimo fatto* ovvero per l’omessa, falsa o incompleta dichiarazione di informazioni fiscali.

⁶⁹⁵ *Ibidem*.

⁶⁹⁶ Par. 48.

⁶⁹⁷ Par. 50.

⁶⁹⁸ Par. 51. Infatti “neither of the sanctions is taken into consideration by the other court or authority in determining the severity of the sanction, nor is there any other interaction between the relevant authorities”.

⁶⁹⁹ *Ibidem*.

⁷⁰⁰ Corte europea dei diritti dell’uomo, Sezione IV, sentenza del 10 febbraio 2015, Kiiveri c. Finland, ric. n. 53753/12.

I percorsi argomentativi seguiti dalla Corte sono i medesimi, poiché conferma che, al fine di vagliare la violazione del *ne bis in idem*, è necessario valutare: la natura della sanzione tributaria, che il ricorrente sia stato perseguito per il *medesimo fatto*, la presenza di una decisione definitiva e la duplicazione dei procedimenti.

Quanto al primo aspetto, la Corte richiama la consolidata giurisprudenza dalla quale desumere i criteri per poter stabilire la natura sostanzialmente penale o amministrativa di una determinata sanzione⁷⁰¹.

Quanto ai criteri per valutare la sussistenza di un medesimo fatto per il quale si è proceduto due volte, è necessario porre a confronto i fatti in concreto posti in essere e non le fattispecie legali così come astrattamente delineate dal legislatore⁷⁰². L'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, preclude la ripetizione di un procedimento che si sia concluso con una decisione "finale". Sicché la Corte precisa che per decisione finale si intende quella decisione che abbia acquisito *res iudicata* e pertanto sia insuscettibile di essere revocata in quanto siano esperiti tutti i mezzi di impugnazione contro la stessa⁷⁰³.

Infine, la Corte ricorda che la garanzia sottesa al principio del *ne bis in idem* preclude non solo una doppia condanna bensì anche una duplicazione di procedimenti⁷⁰⁴. L'art. 4, protocollo n.7, al contrario, non vieta i procedimenti paralleli ove questi siano sufficientemente coordinati tra loro⁷⁰⁵. Pertanto, se nel corso di procedimenti distinti, siano state irrogate sanzioni differenti, per i medesimi fatti, da parte di due distinte autorità, non necessariamente il principio del *ne bis in idem* risulta violato. Non risulta leso, infatti, in tutti quei casi in cui tra i due procedimenti "there has been a sufficiently close connection between them, in substance and in time."⁷⁰⁶

Ribadite tali considerazioni di ordine generale, la Corte osserva che il sistema tributario finlandese prevede un doppio binario sanzionatorio, atteso che dispone l'applicazione sia di sanzioni amministrative che penali per il fatto

⁷⁰¹ Par. 31-33. "Commonly known as the *Engel criteria* to be considered in determining whether or not there was a criminal charge".

⁷⁰² Par. 34.

⁷⁰³ Par. 38.

⁷⁰⁴ Par. 41. Infatti, "(...) article 4 of Protocol No. 7 contains three distinct guarantees and provides that no one shall be (i) liable to be tried, (ii) tried or (iii) punished for the same offence".

⁷⁰⁵ Par. 43.

⁷⁰⁶ Par. 44.

di omessa, falsa o incompleta dichiarazione di informazioni fiscali. Secondo la Corte, però manca quel coordinamento stringente tra i due procedimenti tale da far escludere una possibile violazione del principio del *ne bis in idem*. Invero, i due procedimenti seguono ciascuno il proprio corso, divenendo definitivi in maniera autonoma. L'assenza di ogni tipo di coordinamento tra i due distinti procedimenti si desume, inoltre, dal fatto che la sanzione amministrativa (la sovrattassa) viene applicata alla luce di valutazioni che prescindono totalmente dalle valutazioni effettuate in sede penale⁷⁰⁷.

Ciò posto, esaminati i singoli presupposti di operatività del divieto del *ne bis in idem* ex art. 4, Protocollo n.7, la Corte condanna nuovamente il sistema del doppio binario sanzionatorio previsto dalla legislazione finlandese.

A.3. La sentenza A & B c. Norvegia.

La questione del c.d. doppio binario sanzionatorio in materia tributaria è stata oggetto di una nuova sentenza della Grande Camera⁷⁰⁸ con la quale ha confermato l'orientamento secondo cui le sovrattasse che eccedono l'importo del tributo non pagato, rientrano nella "criminal matter". Tuttavia ha escluso, nel caso di specie, la violazione del *ne bis in idem*, poiché ha valorizzato l'esistenza di una sufficiente connessione "in substance and in time" tra i due procedimenti, quello penale e quello tributario.

Vale la pena sottolineare che si tratta di un consolidamento giurisprudenziale a livello della Grande Camera e non di un vero e proprio *revirement*, perché, come visto, esistono precedenti nello stesso senso delle Sezioni della Corte Edu. In ogni caso, è chiaro che i principi di diritto enunciati dalla Grande Camera ripropongono la questione della compatibilità con la CEDU di tutti quei sistemi nazionali che prevedono un doppio binario sanzionatorio. Imponendo così ai giudici nazionali, sui quali grava un obbligo di interpretazione convenzionalmente orientato, di valutarne la compatibilità

⁷⁰⁷ Par.45. La Corte precisa infatti che "(...) neither of the outcomes of the proceedings is taken into consideration by the other court or authority in determining the severity of the sanction, nor is there any other interaction between the relevant authorities".

⁷⁰⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 15 novembre 2016, A & B v. Norway, applications nos. 24130/11 and 29758/11.

alla luce dell'ulteriore criterio valorizzato dalla Corte: l'esistenza di una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta.

Il caso sul quale si è pronunciata la Grande Camera, concerne due cause riunite.

Nella prima, il ricorrente contesta la violazione del principio del *ne bis in idem*, atteso che era stato condannato per il reato di frode fiscale con sentenza definitiva, dopo che il parallelo procedimento amministrativo per l'irrogazione della relativa sanzione amministrativa pari al 30% dell'importo non dichiarato, era già divenuto definitivo.

Nella seconda, al ricorrente è stata irrogata in un procedimento amministrativo una sovrattassa del 30% alla luce delle dichiarazioni da lui rese nel parallelo procedimento penale. Una volta divenuto definitivo il procedimento penale, viene condannato per il reato di frode fiscale con l'applicazione della relativa sanzione, determinata tenendo conto della sovrattassa già inflittagli.

Già dinanzi la Suprema Corte (Høyesterett), a cui era giunto il caso, i ricorrenti avevano contestato la violazione del principio del *ne bis in idem* ex art. 4, Protocollo n. 7 CEDU.

La Suprema Corte, al fine di valutare l'applicazione al caso di specie dell'art. 4, Protocollo n. 7 CEDU, richiama la sentenza della Grande Camera Sergey Zolotukhin c. Russia in materia di doppio-binario sanzionatorio. Così di fatto adeguandosi alla giurisprudenza di Strasburgo e modificando l'orientamento nazionale prevalente fino a tale momento.

Sostiene, dunque, che "l'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere inteso come divieto di procedere per un secondo 'reato' nella misura in cui il secondo procedimento deriva da fatti identici o fatti che sono sostanzialmente gli stessi"⁷⁰⁹.

Per quanto concerne il requisito del medesimo fatto oggetto dei due distinti procedimenti, osserva che le circostanze alla base dei due procedimenti (l'uno per l'imposizione della sovrattassa fiscale; l'altro per l'irrogazione della sanzione penale) presentano caratteristiche comuni. In entrambi i casi, infatti, viene in rilievo la condotta di omessa dichiarazione di reddito nella dichiarazione fiscale.

⁷⁰⁹ Par. 20.

In particolare, osserva che le sovrattasse imposte ai ricorrenti (corrispondenti al 30% dell'imposta evasa) rientrano nella nozione di "accusa penale" ex art. 6 CEDU, alla luce dei criteri Engel elaborati dalla Corte Edu (in senso contrario, il governo norvegese e la giurisprudenza precedente che esclude che la tax surcharge rientri nella nozione di "accusa penale").

La natura penale si desume da due elementi: la *ratio* giustificatrice sottesa all'imposizione della tax surcharge e il suo ammontare.

Per quanto concerne il primo di essi, l'imposizione di una tax surcharge per i fatti di omessa dichiarazione del reddito ha una finalità general-preventiva, atteso che tende a dissuadere la generalità dei consociati e non solo il soggetto condannato, dal porre in essere comportamenti ulteriori e analoghi a quello in concreto verificatosi. Senza dimenticare che tale sanzione ha la funzione, altresì, di compensare il lavoro e i costi sostenuti dalle autorità fiscali per le verifiche e i controlli necessari a identificare le omesse dichiarazioni fiscali.

La natura penale si desume, inoltre, dall'ammontare della sovrattassa. La maggiorazione imposta del 30%, infatti, consisterebbe in un tasso eccessivamente elevato tale da coinvolgere somme considerevoli del contribuente.

Per tali ragioni, poiché la finalità di tali sanzioni non è solo di natura deterrente, posto che esse perseguono anche finalità tipicamente punitive, deve concludersi la sovrattassa del 30 % ha natura solo formalmente amministrativa, posto che rientra nella nozione di materia penale ai fini dell'applicazione dell'art. 4, Protocollo n.7 CEDU.

Dopo aver accertato che i due procedimenti a carico dei ricorrenti avessero ad oggetto i medesimi fatti e che la sovrattassa ad essi imposta avesse natura penale, la Suprema Corte è tenuta a verificare se il caso di specie rientri o meno nell'ambito di applicazione dell'art. 4, protocollo n. 7 CEDU. A tal proposito osserva che il divieto del *bis in idem* vale in presenza di due procedimenti consecutivi, ove quindi, il secondo segua alla conclusione in via definitiva del primo. Al contrario, il principio del *ne bis in idem* non vale in via assoluta con riferimento ai procedimenti paralleli. Richiamando alcune sentenze della Corte Edu, osserva che il principio in parola è rispettato in tutti quei casi in cui i due procedimenti paralleli a cui il ricorrente era sottoposto fossero sufficientemente collegati "in substance and in time".

Secondo la Corte, nel caso di specie, non vi era dubbio che vi era una sufficiente connessione tra i due procedimenti, posto che la sanzione penale era stata imposta tenendo conto delle dichiarazioni rese nel procedimento amministrativo e dell'ammontare della relativa sanzione. Per tali ragioni, il divieto del ne bis in idem era pienamente preservato.

Nonostante le conclusioni della Corte, il Governo resistente sollecita l'intervento della Grande Camera affinché fornisca dei chiarimenti in merito al principio del ne bis in idem consacrato nell'art. 4, Protocollo n. 7 CEDU.

A.3.1. Le questioni rimesse alla Grande Camera

In via preliminare, è bene osservare che non viene messo in discussione l'orientamento della sentenza Zolotukhin secondo cui "il medesimo fatto", oggetto di un doppio binario sanzionatorio, debba essere valutato secondo un criterio di tipo sostanziale. Non rilevando, dunque, la qualificazione giuridica del fatto (il c.d. idem legale).

Al contrario, due, sono le questioni interpretative oggetto di contrasto.

Una delle prime questioni che è stata rimessa alla Grande Camera è quella concernente la nozione di "penal procedure" di cui all'art. 4, Protocollo n. 7 CEDU. Ovvero se essa abbia lo stesso significato di "criminal charge" ex art. 6 CEDU.

Secondo il Governo norvegese, i c.d. criteri Engel a cui la Corte Edu ha ripetutamente fatto ricorso al fine di valutare la nozione di materia penale ex art. 6 CEDU non possono essere utilizzati per definire la nozione di "penal procedure" ex art. 4, Protocollo n. 7 CEDU. Ciò in quanto, tale nozione è più ristretta rispetto a quella di "accusa penale" ex art. 6 CEDU. Inoltre le norme in parola perseguono scopi distinti: l'art. 6 CEDU è volto a preservare garanzie tipicamente procedurali (diritto a un processo equo); l'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU coinvolgerebbe aspetti più vicini al diritto sostanziale.

La Corte è consapevole che l'art. 4 protocollo n. 7 vada tenuto distinto dall'art. 6 CEDU, poiché implica delle valutazioni di diritto sostanziale imponendo la necessità di stabilire se "the respective offences concerned the

same conduct”, diversamente dall’art. 6 CEDU che implica delle valutazioni di natura processuale⁷¹⁰.

Distinzione che, in passato, la stessa Corte Edu aveva valorizzato, ricorrendo a criteri più ampi (rispetto ai criteri Engel) per definire la nozione di “criminal proceedings” ex art. 4, Protocollo n. 7 CEDU. Ciò, in virtù non solo delle differenze esistenti tra le due norme bensì anche dell’assenza di un consenso europeo nella prassi e nella legislazione degli Stati contraenti, nonché del margine di apprezzamento concesso agli Stati nella materia penale.

Tuttavia, è a partire dalla sentenza *Zolotukhin c. Russia*⁷¹¹ che la Corte ha deliberatamente utilizzato i criteri Engel anche al fine di delimitare l’ambito di applicazione dell’art. 4, protocollo n.7. Le ragioni alla base di tale scelta sono state individuate nella considerazione secondo cui il principio del *ne bis in idem* concerne principalmente il giusto processo, che è altresì l’oggetto dell’art. 6 CEDU.

L’utilizzo dei criteri Engel anche ai fini dell’applicazione dell’art. 4, Protocollo n. 7 CEDU, inoltre, è giustificato dall’esigenza di promuovere “internal consistency and harmony” tra le diverse disposizioni della Convenzione. Infatti, la Convenzione “must be read as a whole”⁷¹².

La seconda questione di maggiore rilievo, ai fini dell’operatività del principio del *ne bis in idem*, consiste nel chiarire l’ambito di applicazione dell’art. 4, Protocollo n. 7 CEDU.

Ciò che è pacifico è che il divieto del *ne bis in idem* opera sia con riferimento a due *procedimenti consecutivi* ove il secondo segua ad un primo già divenuto definitivo sia in presenza di due *procedimenti paralleli*, quando uno di essi si concluda con un provvedimento definitivo.

Resta da chiarire alla Grande Camera se il divieto del *bis in idem* trovi applicazione anche nelle ipotesi di due procedimenti distinti, l’uno diretto all’imposizione della sovrattassa, l’altro all’irrogazione della sanzione penale, che procedano parallelamente ma tuttavia sufficientemente coordinati tra loro.

⁷¹⁰ Par. 106.

⁷¹¹ Già cit. sub-nota 598.

⁷¹² Par. 107 e 133.

Un chiarimento risulta necessario, secondo il Governo norvegese, in quanto la giurisprudenza successiva al caso Zolotukhin c. Russia non è univoca ma soprattutto risulta poco coerente⁷¹³.

A. 3.2. Il principio di diritto.

La Corte in via preliminare ricorda che, secondo costante giurisprudenza, gli Stati godono di autonomia procedurale, atteso che sono liberi “to choose how to organise their legal system, including their criminal-justice procedures”⁷¹⁴.

Tale autonomia, con riferimento all’art. 4, Protocollo n. 7 CEDU si esplica nella scelta dei mezzi necessari a perseguire il fine stabilito dalla norma in parola. In buona sostanza, tale norma non esclude che sia lo Stato a individuare le risposte sanzionatorie più adeguate a condotte socialmente offensive, attraverso procedimenti distinti che, tuttavia, formino “a coherent whole”. Ovviamente, il cumulo di tali sanzioni non può comportare un sacrificio eccessivo per l’interessato⁷¹⁵.

⁷¹³ Il caso Zolotukhin c. Russia, si segnala in quanto la Corte ha fornito un’interpretazione armonizzata della nozione di “same offence” ai sensi dell’art. 4, Protocollo n. 7 CEDU. Ha specificato, dunque, che al fine di valutare se si è in presenza di una “same offence” bisogna abbandonare l’*idem legale* ovvero la qualificazione giuridica dei due reati, atteso che trattasi di criterio oltremodo restrittivo dei diritti dell’individuo tale da ledere le garanzie sottese all’art. 4, protocollo n. 7 CEDU. Per tali ragioni, la Corte valorizza il criterio dell’*idem factum*, posto che occorre mettere a confronto non le fattispecie astratte bensì quelle in concreto verificatesi, tenuto conto delle circostanze specifiche del caso concreto (par.81-84). Per quanto concerne l’ampiezza del divieto del *ne bis in idem*, la Corte si è limitata a precisare che le garanzie sottese all’art. 4, Protocollo n.7 CEDU rilevano nel caso di avvio di un nuovo processo dopo una precedente sentenza di condanna o di assoluzione divenuta definitiva. Invero, lo scopo della norma in parola “is to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a “final” decision”. Tuttavia, tale conclusione non aveva considerato quanto enunciato dalla Corte in una sentenza precedente (Nilsson v. Sweden). In tale caso, nel dichiarare inammissibile il ricorso, la Corte aveva fatto riferimento a un ulteriore criterio per valutare il rispetto del principio del *ne bis in idem*. È necessario, infatti, valutare se tra i due procedimenti vi sia “a sufficiently close connection, in substance and in time”. Ove vi sia una connessione sufficientemente stretta tra i due procedimenti, subire un doppio processo con l’applicazione di due distinte sanzioni non costituisce violazione dell’art. 4, Protocollo n. 7 CEDU.

⁷¹⁴ Par. 120.

⁷¹⁵ Par. 121.

Per tale motivo, è di competenza della Corte determinare se le misure nazionali adottate comportino, nella sostanza, il rischio, a scapito del singolo, di una doppia sanzione che viola il divieto di bis in idem. O se, al contrario, costituiscono il prodotto di un sistema “enabling different aspects of the wrongdoing to be addressed in a foreseeable and proportionate manner forming a coherent whole, so that the individual concerned is not thereby subjected to injustice”⁷¹⁶.

Ne consegue, dunque, che l’art. 4, Protocollo n. 7 CEDU, non vieta a priori agli Stati di imporre una sanzione amministrativa (ancorché qualificata come sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione) per quei fatti di evasione fiscale per i quali, lo stesso soggetto sia perseguibile anche penalmente⁷¹⁷.

Tuttavia, la Corte constata, che il principio enunciato nei precedenti Nilsson e Nikanen secondo cui non rappresenta una violazione dell’art. 4, Protocollo n. 7 CEDU l’esistenza di una “connection in substance and in time” tra due procedimenti, costituisce una “useful guidance” al fine di contemperare e salvaguardare contrapposte esigenze⁷¹⁸. Da un lato l’interesse dell’individuo a non essere processato e sanzionato due volte. Dall’altro l’interesse della società di sanzionare quelle condotte rilevanti da un punto di vista penale o amministrativo-tributario a seconda dei casi.

La Corte, dunque, valorizza nuovamente tale criterio del “sufficiently close connection in substance and time”, precisando che tale criterio non è soddisfatto nell’ipotesi in cui “one or other of the two elements – substantive or temporal – is lacking”⁷¹⁹. Ne consegue, dunque, che i due procedimenti devono essere coordinati tra loro sia da un punto di vista sostanziale che temporale. Ciò non vuol dire che i due procedimenti devono proseguire simultaneamente dall’inizio alla fine. Tuttavia, minore è la connessione temporale tra i due procedimenti maggiore sarà l’onere dello stato di motivare e spiegare le ragioni di tale ritardo⁷²⁰.

⁷¹⁶ Par. 122.

⁷¹⁷ Par. 123.

⁷¹⁸ Par. 124.

⁷¹⁹ Par. 125.

⁷²⁰ Par. 134.

L'importanza di tale criterio porta la Corte ad affermare che, in presenza di due procedimenti “combined in an integrated manner so as to form a coherent whole”⁷²¹ perde di rilevanza la verifica se uno dei due procedimenti si sia concluso con una sentenza definitiva, posto che mancherebbe uno dei presupposti applicativi dell'art. 4, protocollo n. 7 ovvero la duplicazione dei procedimenti.

Orbene, spetterà allo Stato dimostrare che l'imposizione di doppie sanzioni imposte da autorità diverse in distinti procedimenti non viola l'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, poiché “closely connected in substance and in time”.

A questo punto, la Grande Camera precisa quali sono i fattori in presenza dei quali è possibile sostenere che tra due procedimenti vi sia una “sufficiente connessione”⁷²².

In primo luogo, i due procedimenti devono perseguire scopi complementari e devono riguardare, non in astratto bensì in concreto, la stessa condotta.

Il doppio procedimento, poi, deve essere una conseguenza prevedibile “both in law and in practice” della stessa condotta.

È possibile affermare l'esistenza di una “sufficiently connection” tra i due procedimenti se esse proseguano attraverso un'adeguata interazione tra le autorità competenti. Tale interazione si esplica nell'utilizzo delle prove, degli accertamenti dei fatti e delle dichiarazioni rese in uno dei procedimenti anche nell'altro procedimento.

Infine, sarà necessario verificare se la sanzione imposta nel procedimento che si è concluso per primo sia presa in considerazione anche nel secondo procedimento, sì da evitare che il soggetto condannato sopporti un onere eccessivo e, al contempo garantire che sia sottoposto ad una sanzione complessiva quanto più proporzionale alla condotta posta in essere.

Ricostruite in termini generali le condizioni in presenza delle quali è integrato il divieto del ne bis in idem, la Corte applica i principi sopra esposti al caso di specie.

In via preliminare, conferma la decisione della Suprema Corte norvegese che aveva ricondotto le sovrattasse imposte ai ricorrenti nella “criminal matter” di cui all'art. 4, protocollo n. 7 e adeguandosi, così alla sua giurisprudenza

⁷²¹ Par. 130.

⁷²² Paragrafi 132 e ss.

prevalente. Costata, poi, che oggetto dei due procedimenti erano i medesimi fatti materiali.

Ciò posto, la Corte deve chiarire se ci fosse stata o meno violazione del ne bis in idem.

In primo luogo, ricorda, come già chiarito dalla Suprema Corte norvegese, le diverse finalità che l'ordinamento nazionale persegue mediante l'imposizione di sanzioni amministrativo-tributarie, da un lato e di sanzioni penali, dall'altro⁷²³. Le prime hanno una finalità deterrente e compensativa, al contrario delle sanzioni penali che hanno una finalità tipicamente punitiva.

In ogni caso il doppio binario sanzionatorio previsto dal sistema norvegese non viola il divieto del *bis in idem* per due ordini di motivi. Il primo è quello secondo cui la possibilità di essere sottoposto a due procedimenti diversi con l'applicazione cumulativa di due sanzioni era prevedibile per il ricorrente. Il secondo motivo, che è quello su cui si fonda l'intero impianto della sentenza, è l'esistenza di una stretta connessione tra i due procedimenti paralleli a cui erano stati sottoposti i due ricorrenti. Invero, le prove utilizzate in un procedimento erano state utilizzate anche nell'altro con la conseguenza che la sanzione complessivamente inflitta era proporzionale alla condotta costata.

Per tali ragioni, la corte ritiene che non vi siano indicazioni che denotino che il ricorrente abbia sofferto un pregiudizio sproporzionato sicché “the Court is satisfied that, whilst different sanctions were imposed by two different authorities in different proceedings, there was nevertheless a sufficiently close connection between them, both in substance and in time, to consider them as forming part of an integral scheme of sanctions under Norwegian law for failure to provide information about certain income on a tax return, with the resulting deficiency in the tax assessment”⁷²⁴.

In tale contesto, dunque, non è possibile affermare che il ricorrente sia stato “tried or punished again ... for an offence for which he had already been finally ... convicted” in violazione dell'art 4 of Protocol No. 7⁷²⁵.

A.3.3. Conclusioni

⁷²³ Par. 144.

⁷²⁴ Par. 147.

⁷²⁵ Par. 154.

Con la sentenza in commento, la Grande Camera ha definitivamente ristretto l'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem*, atteso che, al di là dei presupposti applicativi enunciati, l'art. 4 Prot. n. 7 non risulta violato in tutti quei casi in cui tra i due procedimenti vi sia "a sufficiently close connection, in substance and in time".

Difatti, la Corte ha attribuito maggior rilievo ad un elemento fino a tale momento non decisivo nel valutare la legittimità convenzionale dei sistemi di doppio binario sanzionatorio con il principio del *ne bis in idem*.

Ne consegue, dunque, che nel valorizzare il test della "sufficiently close connection in substance and time" ha sostanzialmente ristretto l'ambito di applicazione dell'art. 4, Prot. n. 7, così in parte riducendo le garanzie di coloro che sono sottoposti a un doppio binario sanzionatorio in tutti quei casi in cui sia soddisfatto l'onere probatorio di un coordinamento sostanziale e temporale tra i due procedimenti. Non del tutto errata, dunque, la critica mossa dall'unica posizione dissenziente del giudice Pinto, secondo cui tale criterio sia vago e arbitrario⁷²⁶, posto che la presenza stessa degli indicatori su cui è costruito è rimessa alla discrezionalità dell'interprete.

B. La giurisprudenza italiana.

La questione relativa alla compatibilità del doppio binario penale-amministrativo in materia tributaria con il principio del *ne bis in idem* si è posta di recente anche nell'ordinamento interno. Alla luce della sentenza Grande Stevens, infatti, si è dubitato della compatibilità con il principio di diritto, enunciato dalla Corte Edu, delle sanzioni penali e al contempo amministrative previste per i reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto (articoli 10 e ss. d.lgs. 74/2000).

Tali fattispecie, infatti, sono sanzionate all'interno dell'ordinamento italiano sia in ambito tributario che penale. Quanto all'ambito tributario, le disposizioni di riferimento sono contenute agli articoli 13 e ss. del D.lgs. n. 471/1997⁷²⁷. In materia penale, invece, le relative sanzioni sono previste nel D.lgs. n.

⁷²⁶ Par. 46 dell'opinione dissenziente.

⁷²⁷ D.lgs del 18 dicembre 1997, Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, a norma dell'articolo 3, comma 133, lettera q), della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

74/2000⁷²⁸ (articoli 10 *bis* e 10 *ter*). Di fatto, quindi, il sistema così delineato, prevede un doppio binario sanzionatorio⁷²⁹.

Sul punto, in realtà, la giurisprudenza di legittimità si discosta da quanto affermato in sede europea, ritenendo in linea di massima che il doppio binario penale-amministrativo in materia tributaria non violi il principio del *ne bis in idem*. Il che lascia trasparire la scarsa attenzione riservata al sistema delle fonti sovranazionali.

Al contrario, si vedrà che la giurisprudenza di merito è più incline ad adeguarsi ai *dicta* europei invocando l'intervento della Corte costituzionale al fine di ottemperare alla giurisprudenza della Corte Edu.

B.1. La giurisprudenza della Corte di cassazione.

La giurisprudenza della Corte Edu sul doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, ha recentemente interessato anche la Corte di cassazione. A più riprese, infatti, ha avuto modo di pronunciarsi sull'ambito di applicazione del divieto del *ne bis in idem*, disciplinato puntualmente all'art. 649 c.p.p.

La Corte⁷³⁰ tende a escludere qualsiasi dubbio di legittimità del sistema del doppio binario sanzionatorio, ove la sanzione sia formalmente amministrativa

⁷²⁸ D.lgs del 10 marzo 2000, Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205.

⁷²⁹ È bene ricordare che l'art. 19, D.lgs 74/2000 richiama il principio di specialità quale criterio per risolvere il concorso apparente di norme. Secondo tale principio, infatti, ove lo stesso fatto sia punibile sia come illecito amministrativo che come reato, deve trovare applicazione la sola norma speciale. Tuttavia la giurisprudenza della Corte di cassazione, ad oggi prevalente, ha risolto il rapporto tra fattispecie di illeciti di natura fiscale, sanzionati sia in materia penale che amministrativa, in termini di progressione illecita e non alla luce del criterio di specialità.

⁷³⁰ Si veda, Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 28 marzo 2013, n. 37425. Le sezioni Unite sono intervenute per dirimere il precedente contrasto giurisprudenziale che vedeva contrapporsi due orientamenti. Secondo un primo orientamento, l'applicazione dei nuovi articoli 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs 74/2000 avrebbe comportato la violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, in quanto si sarebbe applicata una nuova sanzione (quella penale) per i medesimi fatti, già sanzionati con sanzione amministrativa. Al contrario, un contrapposto orientamento, poi avallato dalle Sezioni Unite, escludeva la violazione del principio del *ne bis in idem*, ove fosse stata applicata la nuova sanzione disciplinata dall'art. 10 *bis*. Invero, il fatto punito dalla nuova normativa si differenzerebbe dall'analogo illecito amministrativo disciplinato dal diritto tributario, sotto diversi profili. Per quanto concerne i presupposti della condotta, nonché il diverso momento consumativo, annuale per i due illeciti penali, periodico (mensile o trimestrale) per l'illecito amministrativo.

e sostanzialmente penale. Diverse sono le argomentazioni su cui si fonda tale osservazione.

In primo luogo, l'illecito amministrativo è in rapporto di progressione illecita con lo speculare reato (la cui disciplina si rinviene nel D.lgs. n. 74/2000)⁷³¹. Ne consegue, dunque, l'applicazione congiunta delle sanzioni previste rispettivamente dalle due fattispecie legali. Infatti, con l'art. 10 *bis* del d.lgs. n. 74/2000 “non si è determinata la sostituzione di un regime sanzionatorio ad un altro, ma si è aggiunta, alla generale previsione di illecito amministrativo, la previsione di una specifica fattispecie penale, gravitante nell'ambito dello stesso fenomeno omissivo ma ancorata a presupposti fattuali e temporali nuovi e diversi”⁷³². Ciò in quanto trattasi di fatti illeciti per nulla assimilabili⁷³³. Sicché l'eventuale consumazione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 13, co.1, D.lgs n.471/1997 “non sono di ostacolo all'applicazione (...) della statuizione relativa all'illecito penale di cui all'art. 10 *bis* D.lgs 74/2000”⁷³⁴.

Inoltre, l'illecito amministrativo tributario (la cui disciplina è contenuta nell'art. 13, co.1, D.lsg. n. 471/1997), non può essere considerato sostanzialmente rientrante nella materia penale, atteso che è necessario l'ulteriore presupposto della gravità della sanzione. Tale requisito non può dirsi soddisfatto nella materia tributaria, in quanto le sanzioni ivi comminate non presentano il grado di severità e afflittività tipico delle sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB nella diversa materia del *market abuse*. Ne consegue che la disciplina tributaria, così descritta, “non si pone in contrasto né con l'art. 4, Protocollo n.7 CEDU, né con l'art. 50 CDFUE”⁷³⁵. Secondo la Corte di cassazione, infatti, il doppio binario sanzionatorio, non violerebbe il principio

⁷³¹ Par. 5.1. Deve escludersi, dunque, la possibilità di ricostruire i rapporti tra i due illeciti in termini di specialità, che ovviamente precluderebbe a monte una possibile violazione del principio del *ne bis in idem*, posto che troverebbe applicazione unicamente la norma speciale rispetto a quella generale.

⁷³² *Ibidem*.

⁷³³ Le Sezioni Unite, osservano che, nonostante i due illeciti siano accomunati da taluni presupposti (erogazione di somme comportanti l'obbligo di effettuazione delle ritenute alla fonte e di versamento delle stesse all'Erario con le modalità stabilite) e dalla condotta (omissione di uno o più versamenti mensili dovuti), divergono in alcune componenti essenziali. In particolare per quanto concerne “il requisito della ‘certificazione’ delle ritenute, richiesto per il solo illecito penale; dalla soglia minima dell'omissione, richiesta per il solo illecito penale; dal termine di riferimento per l'assunzione di rilevanza dell'omissione (...)” che diverge in entrambi gli illeciti.

⁷³⁴ Par. 5.1.

⁷³⁵ *Ibidem*.

del *ne bis in idem*, atteso che questo si riferisce unicamente ai casi di duplicazione di procedimenti penali e non anche all'applicazione congiunta di sanzioni penali e amministrative.

La seconda argomentazione volta a escludere la violazione del *ne bis in idem* si fonda sull'eterogeneità del bene giuridico tutelato rispettivamente dalle fattispecie di illecito amministrativo tributario e illecito penale. Invero, la fattispecie di reato di cui all'art. 10 *bis* del d.lgs. 74/2000, è un reato pluri-offensivo, poiché il bene giuridico tutelato non è rappresentato solo dall'interesse patrimoniale dello Stato alla corretta e puntuale percezione dei tributi. Invero, il reato in parola è volto a sanzionare ulteriori offese derivanti dalla falsità della certificazione circa l'avvenuto versamento. Il richiamo che la norma compie alla "certificazione delle ritenute" attribuirebbe alla fattispecie penale un oggetto di tutela più ampio e diverso da quello proprio dell'illecito amministrativo.

È chiaro, dunque, come l'approccio della giurisprudenza della Corte di Cassazione è sintomatico di un *self-restraint* nei confronti della giurisprudenza della Corte Edu. Infatti, la Corte omette di richiamare la giurisprudenza di Strasburgo. Al contrario si limita a menzionare (solo tra parentesi) la sentenza della Corte di Giustizia che si è pronunciata sull'interpretazione dell'art. 50 CDFUE che disciplina il principio del *ne bis in idem* nel diritto dell'Unione europea.

B.2. Il giudice ordinario sollecita l'intervento della Corte costituzionale.

Con l'ordinanza⁷³⁶ in commento, il Tribunale di Bologna solleva questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, co.1 Cost. in relazione all'art. 4 Protocollo n.7 CEDU, nella parte in cui non preclude un secondo giudizio nell'ipotesi in cui all'imputato sia già stata comminata, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo una sanzione amministrativa a cui però debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU.

⁷³⁶ Tribunale di Bologna, I sez. pen., ordinanza del 21 aprile 2015.

Il giudice remittente richiama la giurisprudenza della Corte costituzionale sul valore della CEDU nel sistema italiano. Osserva che non sia possibile un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p.⁷³⁷, atteso che la disposizione nell'enunciare il divieto del *ne bis in idem* si riferirebbe esclusivamente alle sentenze del giudice penale⁷³⁸. Ne consegue che non è possibile interpretare la norma in parola nel senso di estenderne l'ambito di applicazione anche alle sanzioni irrogate dall'autorità amministrativa.

Secondo il parere del Tribunale di Bologna, dunque, la questione di legittimità costituzionale è manifestamente fondata, atteso che il principio del doppio binario sanzionatorio previsto dalla legislazione italiana per gli illeciti tributari (con conseguente applicazione cumulativa delle sanzioni) viola il parametro convenzionale (l'art. 4, Protocollo n.7) e conseguentemente, l'art. 117, co.1, Cost.

Invero, l'art. 13 del d.lgs. 471/1997 prevede una sanzione amministrativa che ha natura *sostanzialmente* afflittivo-penale⁷³⁹, in quanto volta alla punizione del colpevole, con funzione deterrente e punitiva, non compensativa.

È chiaro, dunque, che l'approccio seguito è in linea con le affermazioni rese in sede europea dalla Corte Edu. Non è decisiva, infatti, la qualificazione formale dettata per un determinato illecito e le rispettive sanzioni, in quanto ciò che assume rilevanza è una concezione sostanziale di penalità, posto che è necessario guardare alla funzione cui la sanzione è chiamata. Chiaramente, dunque, secondo il giudice *a quo*, non è possibile disattendere i c.d. criteri interpretativi Engel delineati dalla Corte Edu, al fine di individuare la natura "penale" o meno di una sanzione tributaria⁷⁴⁰.

Viene richiamata anche la sentenza *Grande Stevens* al fine di applicare, al caso di specie, il medesimo principio di diritto e conseguentemente l'approccio sostanzialistico della Corte Edu nell'individuazione della "materia penale".

Ne consegue che l'impianto normativo delineato dal D.lgs 74/2000, contrasterebbe con il principio del *ne bis in idem*, atteso che "presuppone la prosecuzione del processo tributario, che può concludersi con l'applicazione di una sanzione avente carattere afflittivo-penale, nonostante la pendenza o la

⁷³⁷ Par. 3.8.

⁷³⁸ Par. 2.2.

⁷³⁹ Par. 3.8.

⁷⁴⁰ Par. 3.2.

definizione del processo penale per lo stesso fatto”⁷⁴¹. L’art. 13 d.lgs. 74/2000, infatti, prevede espressamente la possibilità di cumulo della sanzione penale e di quella amministrativa; l’art. 20, invece, vieta la sospensione dei procedimenti contestualmente pendenti. L’unico rimedio per scongiurare il cumulo tra sanzione amministrativa e penale è previsto dall’art. 21 rubricato “Sanzioni amministrative per le violazioni ritenute penalmente rilevanti”. Secondo la norma in parola la riscossione della sanzione amministrativa può essere sospesa fino all’esito del giudizio penale in tutti i casi di proscioglimento per motivi di merito o per estinzione del reato.

Tuttavia, il giudice *a quo* osserva che è proprio tale meccanismo a contrastare con la logica garantistica del divieto del *ne bis in idem* nell’interpretazione data dalla Corte Edu. Infatti, il soggetto prosciolto a seguito di una sentenza definitiva di assoluzione in sede penale, sarà sottoposto all’esecuzione di una sanzione amministrativa che ha carattere sostanzialmente penale e che viene irrogata in relazione alle medesime condotte⁷⁴². Inoltre, tale meccanismo non è in grado di evitare che in concreto “si creino delle vicende in cui il contribuente abbia già pagato, prima dell’instaurazione del processo penale, la sanzione amministrativa comminatagli”⁷⁴³. Tale sistema, dunque, non è idoneo in concreto a scongiurare il cumulo sanzionatorio⁷⁴⁴.

Il giudice remittente, infine, richiama la recente giurisprudenza della Corte Edu in relazione al cumulo delle sanzioni amministrative e penali in materia tributaria. Ricorda, infatti, come la Corte abbia affermato, a più riprese, che “l’irrogazione al contribuente di una sanzione tributaria, con connotazione punitiva, impedisce di avviare o di proseguire un procedimento penale per la medesima violazione, qualificata, nel caso specifico, come frode fiscale”⁷⁴⁵.

Ciò posto, il giudice *a quo* osserva che data la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa prevista dall’art. 13 d.lgs. 471/1997 e che si è in

⁷⁴¹ *Ibidem.*

⁷⁴² Par. 3.4.

⁷⁴³ Par. 3.5.

⁷⁴⁴ *Ibidem.*

⁷⁴⁵ Si veda sentenza Nikanen c. Finlandia già cit. sub-nota 690 e Lucky Dev c. Svezia, già cit. sub-nota 667. In tale ultima sentenza, la Corte si è pronunciata sul sistema svedese che prevede, analogamente a quello italiano, sia l’applicazione di una sanzione amministrativa, sia una sanzione di carattere penale per le violazioni di natura tributaria. La prima denominata dalla Corte Edu, *tax surcharge*, la seconda *tax offence*.

presenza di due procedimenti, l'uno penale e l'altro amministrativo, con oggetto gli stessi fatti, è necessario l'intervento della Corte costituzionale. In buona sostanza, è necessaria una sentenza manipolativa al fine di porre rimedio all'incompatibilità del regime del doppio binario previsto dal legislatore italiano in materia tributaria con il divieto convenzionale di *bis in idem*. L'invito, dunque, alla Corte costituzionale è quello di intervenire sull'art. 649 c.p.p. la cui portata, nonostante sancisca il divieto del *ne bis in idem*, non trova applicazione con riferimento a tutti quei casi in cui il doppio binario coinvolga procedimenti e sanzioni irrogate da autorità diverse da quella penale.

Spetterà, dunque, alla Corte costituzionale pronunciarsi sulla questione, considerando che la medesima disposizione (l'art. 649 c.p.p.) è stata oggetto di una recente sentenza di inammissibilità in relazione alla diversa fattispecie di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato⁷⁴⁶.

C. La Corte costituzionale restituisce gli atti al giudice remittente.

Con l'ordinanza in parola⁷⁴⁷, la Corte costituzionale restituisce gli atti al giudice remittente per un rinnovato esame della questione alla luce delle novità normative introdotte dal legislatore in materia.

Invero, successivamente all'ordinanza di rimessione, è intervenuto il D.lgs 158/2015⁷⁴⁸ che ha modificato talune delle disposizioni invocate dal remittente e che ha innovato il rapporto tra illecito penale e amministrativo. In particolare, la modifica ha interessato gli articoli 10 *ter* e 13 del D.lgs 74/2000.

Per tali ragioni, compete al giudice *a quo* prendere atto di tali modifiche e verificarne l'incidenza nel giudizio dinanzi ad esso pendente. Ne consegue, pertanto, che “deve essere disposta la restituzione degli atti al giudice remittente perché rivaluti la rilevanza della questione alla luce del *novum* normativo”⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ Si veda per approfondimenti la sentenza della Corte costituzionale, Cap.8, par.1, C.

⁷⁴⁷ Ordinanza 8 marzo 2016, n. 112.

⁷⁴⁸ Decreto legislativo 24 settembre 2015, Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23.

⁷⁴⁹ In senso critico, si veda M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, (online), secondo cui il legislatore con la normativa in parola non “ha avvertito l'esigenza e neppure il dovere di offrire un rimedio alla palese violazione del *ne bis in idem*”.

Nell'ordinanza in commento, alquanto sintetica, la Corte non compie alcun riferimento alla giurisprudenza della Corte Edu, nonostante il giudice remittente avesse ampiamente richiamato i principi di derivazione europea. La remissione degli atti al giudice *a quo*, dunque, potrebbe essere interpretata in due modi differenti. Da un lato, come volontà della Corte di "non decidere" e, dunque, di non prendere posizione sulla questione della compatibilità del doppio binario sanzionatorio con il principio del *ne bis in idem*. Dall'altro, semplicemente come presa d'atto che, con la nuova normativa, il legislatore si sia realmente adeguato agli obblighi internazionali. Così demandando al giudice di merito l'obbligo di applicare la normativa nel caso dinanzi ad esso pendente, con il rischio di un ulteriore ricorso a Strasburgo, ove in concreto tale normativa non sia conforme ai canoni convenzionali.

4. I principi della giurisprudenza Cedu sul *ne bis in idem* si applicano anche alla sanzione della decadenza dal mandato parlamentare? (in attesa di una sentenza sul caso Berlusconi).

La questione relativa all'incompatibilità del doppio binario sanzionatorio con il principio del *ne bis in idem*, alla luce della nozione peculiare di materia penale, si presenta in termini analoghi con l'art. 15 del D.lgs n. 235/2012⁷⁵⁰ che ha previsto la sanzione dell'incandidabilità e decadenza dal mandato parlamentare. Sanzione che va, eventualmente ad affiancarsi all'interdizione dai pubblici uffici prevista dal codice penale all'art. 28, co.2, par. 1.

In particolare, nel ricorso, ancora pendente, *Silvio Berlusconi c. Italia* dinanzi alla Corte Edu, il ricorrente sostiene la natura penale delle sanzioni previste dalla nuova normativa, alla luce dei parametri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

La questione che ha portato l'imputato a rivolgersi alla Corte Edu, è collegata alla sentenza della Corte di cassazione⁷⁵¹ che ha in via definitiva

⁷⁵⁰ Decreto legislativo del 6 dicembre 2012, n. 235. Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190.

⁷⁵¹ Corte di cassazione, sentenza del 14 aprile 2014, n. 16206.

confermato la condanna della Corte di appello⁷⁵² alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici ex art. 28 c.p.

4.1. La sentenza della Corte di cassazione.

In via preliminare, la Corte di cassazione affronta la questione sollevata dalla difesa relativa ad una possibilità di pregiudiziale alla Corte Edu⁷⁵³ a causa dell'incompatibilità della c.d. doppia sanzione per effetto della condanna penale e delle disposizioni contenute nel D.lgs n.235/2012⁷⁵⁴. In buona sostanza se può dirsi o meno esistente una violazione dell'art. 4, protocollo n. 7 CEDU, così come interpretato nella sentenza Grande Stevens della Corte Edu.

Secondo la Corte non è configurabile la violazione del principio del *ne bis in idem* nel processo oggetto del ricorso, atteso che “la vicenda sottoposta al suo esame è del tutto diversa rispetto al tema in discussione”⁷⁵⁵. Invero, l'interpretazione data dal ricorrente dell'art. 15 D.lgs 235/2012 che comporta il cumulo della sanzione dell'incandidabilità ivi prevista con la sanzione accessoria dell'art. 28 c.p.p. non è condivisibile⁷⁵⁶. È più corretta, in quanto maggiormente conforme con i principi costituzionali, una differente interpretazione, secondo cui tali norme prevedono due misure distinte (perdita dell'elettorato attivo e passivo, come statuito dall'art. 28 cod. pen. e incandidabilità ex art. 15, D.Lgs. 235/12). Non si tratta, dunque, di un “cumulo tra sanzioni” in quanto tali sanzioni hanno fonti normative diverse e possono essere applicate contestualmente⁷⁵⁷.

⁷⁵² Sentenza del 19 ottobre 2013.

⁷⁵³ Ci si chiede, e si auspica che quella della Corte di cassazione sia stata una svista, posto che la richiesta di rinvio pregiudiziale può essere avanzata solo nei confronti della Corte di giustizia. Lo strumento del rinvio pregiudiziale nei confronti della Corte Edu è previsto dal Protocollo n. XVI. Per approfondimenti si veda PARTE I, cap.I. Probabilmente, tale richiesta deve intendersi come riferita a una richiesta di rinvio pregiudiziale, atteso che nel prosieguo della sentenza la Corte afferma che, date le considerazioni svolte, è “del tutto superfluo il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE”.

⁷⁵⁴ Par. 2.

⁷⁵⁵ Par. 2.4. Ne consegue che le argomentazioni svolte dal ricorrente a sostegno della sua difesa e dirette a far valere la violazione del principio del *ne bis in idem* “non sono pertinenti al caso sottoposto all'esame di questa Corte”.

⁷⁵⁶ Par. 2.7.

⁷⁵⁷ Par. 2.8.

Conseguentemente, non è possibile applicare al caso pendente dinanzi alla Corte, i principi di diritto della sentenza Grande Stevens, atteso che difetta il presupposto dell'applicabilità del principio del *ne bis in idem*. Ciò in ragione della constatazione, compiuta dalla Corte, secondo cui la sanzione della decadenza dal mandato parlamentare di cui all'art. 15 D.lgs 235/2012 non ha natura penale.

4.2. La natura penale delle disposizioni in materia di incandidabilità e decadenza dal mandato parlamentare e la violazione dell'art. 7 CEDU.

Intervenuta la sentenza della Corte di Cassazione, l'imputato decide di ricorrere ex art. 34 CEDU alla Corte Edu.

Oggetto della questione, invero, è la presunta violazione dell'art. 7 CEDU (*nulla poena sine lege*) delle disposizioni in materia di incandidabilità e decadenza dal mandato parlamentare (Dlgs n. 235/2012), in quanto applicate a fatti commessi prima della loro entrata in vigore e quindi contrarie al divieto di retroattività delle sanzioni penali.

L'art. 7 CEDU, nel disciplinare il divieto di retroattività in materia penale pone un principio di garanzia a tutela dell'individuo contro "sanzioni arbitrarie", diretto a escludere che sia comminata una pena più grave rispetto a quella prevista al tempo in cui il reato è stato commesso.

Per tali ragioni, l'ambito di applicazione della norma in parola presuppone in via preliminare la valutazione circa la "natura penale" della sanzione comminata.

Secondo il ricorrente, tale valutazione deve essere effettuata alla luce dei c.d. criteri Engel. Senza soffermarsi su tali criteri, oramai consolidati nella giurisprudenza della Corte Edu⁷⁵⁸, si sottolinea che secondo il ricorrente è mediante l'applicazione di tali criteri che la sanzione dell'incandidabilità può essere qualificata solo formalmente amministrativa, atteso che ha natura "penale".

Il che comporta, necessariamente, l'applicazione delle garanzie sottese all'art. 7 CEDU per la materia penale.

⁷⁵⁸ Per approfondimenti, si veda Cap. 5, par. 1, A.

Al fine di corroborare la natura penale della sanzione prevista dal D.lgs n. 235/2012, il ricorrente richiama la giurisprudenza della Corte Edu⁷⁵⁹ nella quale è stata qualificata come penale la privazione della capacità elettorale del fallito conseguente alla dichiarazione di fallimento. Invero, la natura “essenzialmente afflittiva” dipenderebbe dalla finalità della sanzione in parola, ovvero quella di sminuire e punire il soggetto sottoposto a una dichiarazione di fallimento. Tali finalità sarebbero le medesime della sanzione dell’incandidabilità e decadenza del mandato parlamentare di cui al D.lgs n.235/2012.

Si tratterà, a questo punto di attendere la decisione della Corte europea sul ricorso *Silvio Berlusconi c. Italia*, al fine di verificare, se la Corte continuerà ad applicare i c.d. criteri Engel per valutare la natura penale delle disposizioni del Dlgs n. 235/2012 in materia di incandidabilità e decadenza dal mandato parlamentare. E nell’ipotesi in cui si pronuncerà per la natura penale, confermando la violazione dell’art. 7 CEDU, come sostenuta dal ricorrente, di valutare quali saranno le ripercussioni sul diritto interno e in particolare sul *modus operandi* dei giudici nazionali. Continueranno i giudici di legittimità ad adeguarsi alle sentenze della Corte Edu al punto da “sacrificare” le norme di legge emanate dal legislatore. Così da sollevare questione di legittimità costituzionale, alla luce della diversa nozione di materia penale che viene adottata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo?

⁷⁵⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 20 luglio 2006, *Taiani c. Italia*, ric. n. 3638/02.

Conclusioni

Con il presente lavoro, attraverso un'analisi sistematica della giurisprudenza della Corte Edu e della Corte costituzionale, si è cercato di ricostruire il rapporto tra Corti, al fine di valutare quale sia la portata del vincolo espresso dalle sentenze della Corte Edu. Se, dunque, dopo aver chiarito il valore della CEDU nell'ordinamento italiano (con le c.d. sentenze gemelle), la Corte costituzionale, attraverso una serie di pronunce nelle quali ha definito le modalità procedurali del controllo di convenzionalità delle norme interne, abbia inteso restringere la portata vincolante della giurisprudenza di Strasburgo.

Seppur con le criticità evidenziate dalla dottrina, le sentenze nn. 348-349/2007 hanno inizialmente riconosciuto una “funzione interpretativa eminente” della Corte Edu, posto che “le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che viene data loro dalla Corte medesima”⁷⁶⁰. È al giudice internazionale (la Corte Edu) che spetta l’“ultima parola” e la cui competenza “si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli”⁷⁶¹. Specificando che ciò vale, in quanto la CEDU deve essere tenuta distinta dagli altri accordi internazionali, per i quali, invece, vale l'opposto principio secondo cui la loro interpretazione “rimane in capo alle Parti contraenti”.

Tuttavia, l'intensità del vincolo imposto dalla giurisprudenza europea (se vale senza alcun limite con riferimento all'attività interpretativa dei giudici comuni) viene modulata e temperata, sin da queste prime sentenze, con riferimento all'attività della Corte costituzionale, quando siano in gioco i principi garantiti dalla Costituzione.

Ebbene, nelle sentenze gemelle vengono precisati i rapporti tra Corti, posto che secondo la Corte costituzionale “si deve (...) escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali”⁷⁶². La Corte costituzionale, dunque, si riserva una competenza esclusiva al bilanciamento di interessi tra il “vincolo

⁷⁶⁰ Corte costituzionale, n. 348/2007, par. 4.7.

⁷⁶¹ Corte costituzionale, n. 349/2007, par. 4.6.

⁷⁶² Corte costituzionale, n. 348/2007, par. 4.7.

derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, comma 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione”⁷⁶³.

Fatte tali premesse che evidenziano un atteggiamento di riserva della Corte costituzionale, al fine di trarre delle considerazioni conclusive in merito ai rapporti tra Corti, appare opportuno suddividere la giurisprudenza della Corte costituzionale esaminata in due grandi categorie, dalle quali, tuttavia, esula una recente sentenza della Consulta che merita una trattazione isolata.

La distinzione si fonda essenzialmente sull'accoglimento o meno della questione di legittimità sollevata e sui parametri utilizzati dalla Corte per accogliere o ritenere non fondata tale questione.

La *ratio* di tale distinzione si individua nel comune *modus operandi* della Corte costituzionale che, nell'un caso omette di motivare la decisione alla luce del parametro convenzionale, nell'altro tende a restringere sempre di più la portata vincolante della giurisprudenza di Strasburgo, da cui si desume l'“assenza di un'unitaria e coerente teoria del precedente”⁷⁶⁴.

Ebbene, in una prima categoria è possibile raggruppare quelle sentenze nelle quali la Corte costituzionale dichiara la **non fondatezza della questione di legittimità** con riferimento al parametro dell'art. 117, co.1, Cost. integrato dalla norma CEDU di riferimento⁷⁶⁵. Nella seconda, invece, quelle sentenze nelle quali la relativa questione viene accolta⁷⁶⁶.

Se la prima categoria di sentenze non pone problemi con riferimento all'utilizzo del parametro convenzionale, maggiori perplessità suscitano le affermazioni della Corte costituzionale in merito alla competenza esclusiva di cui è titolare nel bilanciamento di interessi in gioco. In particolare, non viene in alcun modo messo in discussione il ruolo della Corte Edu di interprete unica della CEDU, posto che è precluso alla Corte costituzionale di sindacare “l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve”⁷⁶⁷.

⁷⁶³ *Ibidem*.

⁷⁶⁴ G. REPETTO, già cit. sub-nota 32, p. 1082.

⁷⁶⁵ Sentenze della Corte costituzionale numeri 264/2012 (cap. 3); 311/2009 (cap.4); 15/2012 (cap.4).

⁷⁶⁶ Sentenze della Corte costituzionale numeri 278/2013 (cap.7); 162/2014 (cap.6, par.1); 96/2015 (cap.6, par.2); 229/2015 (cap.6, par.2).

⁷⁶⁷ Corte costituzionale, n. 311/2009, par. 6.

Tuttavia, la Corte Costituzionale “relativizza” la portata del vincolo derivante dalla giurisprudenza della Corte Edu. Ciò in quanto, se è pur vero che compie il rinvio al precedente europeo, al contempo afferma, da un lato, una sua competenza esclusiva nel *bilanciamento tra interessi in gioco* (alla luce di parametri interni), dall’altro ricava dal bilanciamento già compiuto dalla Corte Edu, dei principi di diritto opposti.

Ne consegue che l’accertata violazione di una norma CEDU da parte della Corte Edu non comporterebbe un’automatica declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, co.1 Cost., posto che la Corte costituzionale si riserva “in ultima istanza” un rinnovato e autonomo bilanciamento di interessi. Il criterio a cui la Corte fa ripetutamente riferimento nel giustificare tale competenza è il “margine di apprezzamento” che le consente comunque di tenere conto delle peculiarità dell’ordinamento in cui l’interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi.

In secondo luogo, nel richiamare la giurisprudenza della Corte e il bilanciamento di interessi da essa compiuto, ne restringe la portata vincolante. Ciò in quanto l’apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da “rispettare la *sostanza* di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea”⁷⁶⁸. Ebbene, la Corte costituzionale non fa altro che riservarsi il “ruolo di custode delle modalità secondo le quali il prodotto di quella interpretazione viene immesso nel diritto interno”⁷⁶⁹, questa volta limitando l’efficacia vincolante di tale interpretazione alla *sostanza* della giurisprudenza di Strasburgo.

Il temperamento alla rigida osservanza della giurisprudenza della Corte Edu è evidente in un’altra sentenza⁷⁷⁰ nella quale la Corte costituzionale per giustificare l’infondatezza della questione non opera apertamente il bilanciamento tra interessi in gioco ma rinvia ai principi elaborati dalla giurisprudenza europea. Tuttavia, la portata interpretativa ne risulta ridimensionata, poiché dalla regola di diritto enunciata in sede europea, ne ricava un principio interpretativo differente.

⁷⁶⁸ Par. 6.

⁷⁶⁹ G. TESAURO, già cit. sub-nota 24, p.217.

⁷⁷⁰ Corte costituzionale n. 15/2012.

In una recente sentenza⁷⁷¹, infine, la Corte costituzionale individua un altro criterio idoneo a stemperare la portata vincolante della giurisprudenza di Strasburgo.

Invero, a differenza della Corte Edu, la Corte costituzionale “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 a essa spettante”⁷⁷². Ebbene, in tale ipotesi la Corte costituzionale, nell’individuare i caratteri tipici delle due giurisdizioni (valutazione sistemica vs isolata), limita la portata delle sentenze della Corte Edu al caso concreto, rivendicando il proprio ruolo di unico interprete del sistema costituzionale nel suo complesso. Il meccanismo è quello della *massima espansione delle garanzie* secondo cui è necessario un bilanciamento di interessi (di rilievo costituzionale) al fine di garantire un ampliamento della tutela dei diritti fondamentali.

Tuttavia, la Corte costituzionale non opera con il massimo grado di cautela richiesto.

In primo luogo, perché nella sentenza n.264/2012 nel compiere il bilanciamento che ad essa compete ritiene prevalenti principi di rango costituzionale (quali l’uguaglianza, la solidarietà e la proporzionalità), senza tuttavia motivare adeguatamente il perché tali principi debbano considerarsi prevalenti rispetto al diritto ad un equo processo (di natura convenzionale).

In secondo luogo, predilige la massima espansione delle garanzie di taluni diritti (quelli statali) al fine di soddisfare principi costituzionali considerati prevalenti rispetto a quelli convenzionali. Senza tener conto che quegli stessi diritti a cui la Corte costituzionale attribuisce preminente rilievo non sono ritenuti idonei a prevalere secondo la Corte Edu in un bilanciamento con interessi di rango superiore (nella specie il diritto all’equo processo).

In terzo luogo, la Corte costituzionale attribuisce rilievo a determinati interessi, senza che essi trovino adeguato fondamento normativo in una disposizione costituzionale specificatamente individuata.

Anche tale tecnica, dunque, costituisce una tipica modalità per “aggirare” il giudicato della Corte Edu e ridurne la portata vincolante.

⁷⁷¹ Corte costituzionale n. 264/2012.

⁷⁷² Par. 5.4

In conclusione da tale primo gruppo di sentenze può desumersi che, nonostante la questione sia decisa con riferimento al parametro dell'art. 117, co.1, Cost. integrato dalla norma CEDU di riferimento, la portata vincolante della giurisprudenza di Strasburgo ne risulta ridimensionata. Le tecniche del “margine di apprezzamento”, del bilanciamento tra il vincolo internazionale e i principi costituzionali, attraverso una valutazione sistemica e non isolata rappresentano delle tipiche modalità per restringere l'efficacia delle decisioni della Corte Edu.

Per quanto concerne le sentenze nelle quali viene **accolta la questione di legittimità costituzionale**, comune è il *modus operandi* della Corte costituzionale.

Nonostante l'accoglimento della questione sollevata con riferimento al parametro di cui all'art. 117, co.1, Cost. integrato dalle disposizioni CEDU, la Corte costituzionale decide alla luce di parametri meramente interni. La portata del vincolo, inoltre, ne risulta fortemente limitata.

La peculiarità è quella per cui, il parametro convenzionale non viene in alcun modo preso in considerazione dalla Corte, la quale si limita a ritenere “assorbiti gli ulteriori motivi di censura formulati con riferimento al parametro dell'art. 117, co.1 Cost.”. Così non analizzando l'asserito contrasto tra la norma interna e il parametro CEDU, per il tramite dell'art. 117.

In una prima sentenza⁷⁷³, la Corte costituzionale si limita a constatare che le criticità del sistema, oggetto di censura, “risultano sulla base degli stessi rilievi formulati dalla Corte EDU nella richiamata sentenza Godelli”⁷⁷⁴. Sicché, richiama il precedente europeo ma lo supera, posto che dichiara l'illegittimità della norma censurata alla luce di parametri normativi interni. Tali parametri sono stati ritenuti dalla Corte, di per sé sufficienti a motivare la questione e a garantire la tutela dei diritti in questione. Ne consegue, dunque, che il richiamo sintetico e non argomentato alla Corte di Strasburgo, conferma l'esigenza della Corte costituzionale di voler affermare un'autonoma competenza giurisdizionale che prescinde, tuttavia, dal sistema CEDU, posto che il precedente viene richiamato solo per dare conferma alla decisione interna assunta alla luce di parametri distinti.

⁷⁷³ Corte costituzionale, n. 278/2013.

⁷⁷⁴ Par. 6.

In un'altra pronuncia⁷⁷⁵, la Corte costituzionale si riserva una competenza esclusiva al bilanciamento tra interessi, sempre più evidente. La medesima questione, infatti, era già stata sollevata dinanzi alla Corte costituzionale, la quale aveva opportunamente rinviato gli atti ai giudici remittenti, affinché rivalutassero la questione alla luce della sentenza sopravvenuta della Corte Edu. In particolare, osservando che la decisione di restituzione degli atti ai giudici *a quo* era giustificata in quanto costituiva “corollario logico-giuridico della configurazione offerta da questa Corte in ordine al valore e all'efficacia delle sentenze del giudice europeo nell'interpretazione delle norme della CEDU”. Una volta sollevata nuovamente la questione, poiché non risolvibile secondo un'interpretazione conforme, la Corte costituzionale, non cita in alcun modo il precedente europeo, ritenendo assorbiti i profili di censura in merito all'art. 117, co.1, Cost.

Infine, nella sentenza n. 96/2015 il meccanismo è il medesimo, sono ritenuti assorbiti i motivi di censura in merito all'art. 117, co.1, Cost. e la declaratoria di illegittimità costituzionale viene fondata sui parametri costituzionali. In tale caso, la Corte, nel motivare la contrarietà della legge oggetto di censura con il principio di uguaglianza (art. 3) si è limitata a richiamare, solo tra parentesi e senza dilungarsi particolarmente, la sentenza *Costa e Padovan*, nella quale tale antinomia normativa era già stata evidenziata.

Conclude l'analisi di tale seconda categoria di sentenze, la n. 229/2015, nella quale la Corte nell'accogliere la prima delle questioni prospettate non utilizza né i parametri costituzionali né quelli convenzionali invocati dal giudice remittente. Inoltre, la formula secondo cui sono “ritenuti assorbiti i profili di censura ex art. 117, co.1, Cost.”, non compare né nel considerato di diritto, né tantomeno nel P.Q.M. Nonostante il ricorso a tale formula non è in ogni caso giustificata, quando la questione richiama i parametri convenzionali, è chiaro che quantomeno esprime un'“accettazione del parametro convenzionale” che, al contrario, nel caso di specie, manca.

Nel ritenere non fondata la seconda questione, poi, si limita ad osservare che la normativa “neppure contrasta per interposizione, con il richiamato parametro europeo”. Solo poi nel P.Q.M, richiama, tra gli altri, il parametro convenzionale in riferimento al quale era stata sollevata la questione.

⁷⁷⁵ Corte costituzionale, n. 162/2014.

In conclusione, dunque, anche da tale seconda categoria di sentenze emerge che la Corte costituzionale tende a ridurre la portata dell'efficacia della giurisprudenza della Corte Edu. Nel ritenere non fondata la questione di legittimità costituzionale, ricorre a modalità procedurali, in parte comuni in parte distinte, la cui finalità ultima sembra coincidere. Quella di individuare degli *escamotages* attraverso i quali restringere la portata vincolante delle sentenze dei giudici di Strasburgo.

L'ultimo stadio di tale evoluzione giurisprudenziale si registra con la sentenza n. 49/2015, ove la Corte costituzionale introduce un nuovo criterio di selezione della giurisprudenza di Strasburgo. Limita, infatti, la portata vincolante delle sentenze della Corte Edu a quelle espressive di un orientamento consolidato. Solo in tale ipotesi sussiste un obbligo di interpretazione conforme del giudice comune.

Senza entrare nel merito della sentenza e delle numerose critiche sollevate dalla dottrina, è bene osservare che le indicazioni fornite sembrano voler selezionare le occasioni di rinvio alla giurisprudenza della Corte Edu, così finendo per consentire a qualsiasi giudice l'attivazione dei "controlimiti" all'ingresso nell'ordinamento interno del diritto CEDU⁷⁷⁶.

Ebbene, dalla breve ricostruzione della giurisprudenza Costituzionale, sembrerebbe doversi desumere l'affermazione di un ruolo della Corte costituzionale infungibile. Un ruolo che essa tende ad affermare ripetutamente, posto che in un primo momento si riserva una competenza esclusiva nel bilanciamento tra interessi, valorizzando la tutela sistemica da essa offerta. In un secondo momento, ricorre sempre più frequentemente ai parametri costituzionali, affiancandoli a quello convenzionale. Per poi, infine, assorbire i profili di censura in merito all'art. 117, co.1, Cost., in quelli propriamente costituzionali⁷⁷⁷.

Dall'analisi del differente *modus operandi* della Corte costituzionale, nel quale sono state specificate le modalità procedurali del controllo di convenzionalità delle norme interne, possono trarsi, dunque, due conclusioni.

⁷⁷⁶ F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it (online).

⁷⁷⁷ G. REPETTO, già cit. sub-nota 32, p.45.

La prima è quella secondo cui, ad oggi, sembrerebbe mancare alcun tipo di cooperazione e coordinamento tra il sistema CEDU e l'ordinamento italiano, a causa dei numerosi profili di contrasto esistenti nei rapporti tra Corti. Ne consegue che il sistema di tutela multi-livello di diritti non sarebbe idoneo a garantire uno "ius comune dei diritti"⁷⁷⁸.

La seconda, di maggiore rilievo, è quella che porta a sostenere che la Corte costituzionale, nel definire il riparto di competenze tra Corti e restringere la portata del vincolo interpretativo che promana da Strasburgo, abbia attivato una forma di resistenza al sistema CEDU. Al fine di rivendicare un'autonomia esclusiva nell'esercizio delle proprie funzioni, la cooperazione tra organi giurisdizionali appartenenti a sistemi diversi si traduce in un conflitto e non è più "strumento di esortazione verso una maggiore tutela dei diritti fondamentali"⁷⁷⁹.

Da un lato, infatti, si assiste ad una giurisprudenza della Corte Edu che tende ad estendere sempre di più la propria efficacia vincolante (anche al di là del caso deciso), sì da escludere la natura meramente dichiarativa di tali sentenze. Dall'altro, la Corte costituzionale è sempre meno incline a condividere il proprio ruolo con quello esclusivo della Corte Edu. Ne consegue che chiamando in causa valori nazionali (garantiti dalla Costituzione) si è inteso "affermare a tutti i costi la sovranità nazionale e la capacità statuale di garantire i diritti inviolabili della persona"⁷⁸⁰ e risolvere un conflitto di competenze tra Corti, a proprio favore.

Tuttavia, non si giustifica questa ripetuta esigenza della Corte costituzionale atteso che il sistema CEDU appronta un efficiente sistema di tutela, attraverso la possibilità per il singolo di rivolgersi a un giudice internazionale senza ingerirsi in alcun modo nelle competenze primarie degli organi giurisdizionali nazionali. Invero, come ripetutamente sostenuto dalla giurisprudenza della Corte Edu, il sistema CEDU è un sistema sussidiario che impone uno standard

⁷⁷⁸ L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002, pp. 15 e ss.

⁷⁷⁹ E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di) *I controlimiti - Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2016, pp. 45-61.

⁷⁸⁰ *Ibidem*.

minimo di tutela dei diritti, precludendo solo che i sistemi nazionali e gli organi giurisdizionali preposti alla tutela dei diritti, non vulnerino tale tutela minima.

Ma quali sono dunque le conseguenze che possono trarsi dal *modus operandi* della Corte?

Sicuramente la decisione della Corte costituzionale, a partire dal 2007, di risolvere le antinomie normative tra CEDU e norma interna alla luce del giudizio di costituzionale e non del potere di disapplicazione del giudice comune, ha inciso sulla configurazione dei rapporti tra Corti. Il giudizio di costituzionalità, invero, diviene la sede all'interno della quale la Corte costituzionale può compiere un autonomo e rinnovato bilanciamento di interessi e soprattutto le sentenze emesse all'esito di tale giudizio divengono il filtro attraverso il quale modulare l'efficacia delle sentenze della Corte Edu e selezionare i casi in cui tali sentenze abbiano una portata vincolante. Contrariamente allo stesso dato normativo (art. 46 CEDU) che non dice nulla sul punto. La violazione di una norma CEDU, dunque, ancorché accertata dalla Corte di Strasburgo, non comporterebbe un'automatica declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co.1 Cost., atteso che la Corte costituzionale si riserva "in ultima istanza" un ulteriore bilanciamento di interessi. Ne consegue, dunque, che la giurisprudenza di Strasburgo, di fatto non vincola gli esiti del giudizio di costituzionalità se poi la Corte si riserva un autonomo e nuovo bilanciamento di interessi al fine di decidere la questione.

La seconda conseguenza, che crea sicuramente maggiori preoccupazioni, è quella secondo cui, le modalità procedurali a cui ricorre la Corte costituzionale finiscono per aggirare l'obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte Edu ex art. 46 CEDU. Se la Corte costituzionale non tiene conto dei principi di diritto enunciati dalla Corte Edu, poiché decide autonomamente, l'obbligo di conformarsi alle sentenze che hanno condannato lo Stato italiano per la violazione di uno dei diritti garantiti dalla CEDU, risulta violato. Ovviamente tale esito è tanto più grave quanto più consolidato è il principio di diritto enunciato dalla Corte Edu e di cui non si tenga conto.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale emerge un'altra questione che la Corte medesima omette di chiarire accuratamente.

Nello specificare a partire dalle sentenze gemelle del 2007 che il giudice comune ove ravvisi un contrasto tra norma interna e norma CEDU, non

risolvibile in via meramente interpretativa, deve necessariamente sollevare questione di legittimità costituzionale, non chiarisce quale debba essere l'oggetto della questione. In particolare se lo scrutinio di legittimità debba riguardare la legge di esecuzione della CEDU o meglio le specifiche norme di legge ordinaria che vengono in rilievo nel giudizio *a quo* e che si ritengono contrastanti con il sistema convenzionale.

Nelle sentenze n. 347/2007, infatti, la Corte si limita ad affermare che “ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa (della norma CEDU) a integrare il parametro, provvedendo, *nei modi rituali*, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano”. Nella sentenza n. 348/2007, invece, ribadisce solo che spetta ad essa accertare il contrasto tra la norma interna e quella convenzionale.

Nelle sentenze immediatamente successive, potrebbe avanzarsi l'ipotesi che oggetto della questione di legittimità costituzionale debba essere la singola disposizione nazionale che il giudice comune ritenga contrastante con la norma convenzionale. Ciò in quanto, la Corte non ha mai contestato le modalità attraverso le quali i giudici comuni hanno sollevato la questione di legittimità. Tali questioni sono state, a seconda dei casi, accolte o ritenute infondate per motivi di merito, senza che la Corte le dichiarasse inammissibili per motivi di rito e in particolare perché avevano ad oggetto erroneamente una legge piuttosto che un'altra.

Ciò nonostante, la questione non sembra possa dirsi risolta a seguito della sentenza n. 49/2015.

Dinanzi alla prospettata questione di legittimità con riferimento alla norma interna (art. 44 D.P.R. 380/2001) che taluno dei giudici remittenti ritiene contrastante con il dettato convenzionale, la Corte costituzionale giudica la questione inammissibile.

Per quanto di nostro interesse, uno dei primi motivi sui quali fonda la declaratoria di inammissibilità riguarda proprio l'oggetto della questione di legittimità costituzionale. Erroneamente i giudici remittenti avrebbero sollevato la questione di legittimità dell'art. 44 D.P.R. 380/2001 (norma nazionale). La questione, infatti, avrebbe dovuto essere risolta ponendo in dubbio la legittimità costituzionale della legge di adattamento⁷⁸¹, in quanto essa permette l'ingresso nell'ordinamento italiano di una simile regola.

⁷⁸¹ Legge 4 agosto 1955, n. 848.

Al di là degli altri motivi indicati a fondamento della decisione di inammissibilità, non si spiega come mai la Corte costituzionale abbia deciso di specificare, a ben otto anni di distanza dalle sentenze gemelle del 2007, quale dovesse essere l'oggetto dello scrutinio di legittimità dinanzi alla Corte.

La sede più opportuna sarebbe stata, indubbiamente, quella delle sentenze n. 348-349/2007 che, per la prima volta, nel definire il valore della CEDU nel nostro ordinamento, hanno specificato l'opportunità di un controllo di costituzionalità nei casi in cui non fosse possibile un'interpretazione convenzionalmente conforme. Anche a non voler considerare tale omissione, non si spiega perché la Corte non abbia detto nella giurisprudenza successiva, ove si è limitata a decidere le questioni nel merito (accogliendole o ritenendole non fondate). Senza contare che in una sentenza successiva alla n. 49/2015 ha dichiarato la questione inammissibile per motivi processuali diversi da quelli concernenti la mancata esatta individuazione della disposizione di legge o del parametro costituzionale⁷⁸².

Che anche questa, dunque, costituisca un'apposita modalità per “non decidere” la questione e, in tal caso, non confrontarsi con i principi enunciati a Strasburgo?

Senza dubbio, spetterà ai giudici comuni confrontarsi con tali decisioni, nell'attesa che la Corte costituzionale prenda una posizione più certa in merito ai rapporti con il sistema CEDU, posto che, dopo le iniziali pronunce del 2007, sembrerebbe aver rivisto, in tutto o almeno in parte, le proprie considerazioni.

⁷⁸² Sentenza n.84/2016.

Bibliografia

M.ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2012, pp. 267-299.

A. D' ALOIA, *Europa e diritti : luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il diritto dell' Unione europea*, 2014, pp. 1-45.

C.AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?* in *Sidiblog*, (online).

G. AMOROSO, *Corte di cassazione e tutela dei diritti fondamentali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisdizione nazionale e diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona. Il dialogo tra le Corti Europee, la Corte Costituzionale e la Corte di cassazione*; atti del convegno tenutosi a Roma, 14 novembre 2012, Aula Magna della Corte di Cassazione.

G.AMOROSO, *Sui controlimiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (a prima lettura di Corte cost. n. 264/2012)*, in *Foro Italiano* 2013, I, pp. 22 ss.

E. ANDOLINA, *Nuovi scenari nella tutela penale dei diritti fondamentali in Europa*, in *Diritto penale e processo*, n. 6/2012, pp. 773 e ss.

F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.3/2008, pp. 487 ss.;

M.ARCARI, *Zoom Out: Colliding legal systems or balancing of values? International customary law on State immunity vs fundamental constitutional principles in the Italian Constitutional Court decision no 238/2014*, in *QUIL – Questions of International Law* (online).

A. ATTERITANO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e riapertura del processo: la giurisprudenza italiana non colma la lacuna normativa e garantisce l'impunità del condannato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp 665 e ss.

S.BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 291-300.

M.E.BARTOLONI, *Un nuovo orientamento della Corte costituzionale sui rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento italiano?*, in *Rivista in diritto dell'unione europea*, 2008, pp. 511-531.

E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *International Law and Politics*, 1999, n.31:843, pp. 843-854.

M.BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, (online).

M.BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, pp.595 e ss.

F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giur. cost.*, n.6/2012, pp. 4235 e ss.

G.BRONZINI, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n.4/2011, pp. 491 - 507.

G.BRONZINI, *Il giudice di legittimità ed i limiti alla retroattività delle legge civile: tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo*, in *Incontro su "Norme retroattive e diritti socio-economici: il ruolo del legislatore nazionale e quello del giudice di legittimità e di merito"*, 2014.

A. BULTRINI, *I rapporti fra le Corti nella prospettiva della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, n. 1, pp. 120-125.

A. BULTRINI, *La recente evoluzione del contenzioso «strutturale» dell'Italia di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, pp. 430-440.

A. BULTRINI, *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cenni introduttivi*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002.

S. CAFARO, *Caso OMT: la Corte giudica legittimo l'operato della BCE*, in *sidiblog*, (online).

G.CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, in *Società italiana di diritto internazionale*, pp.13.

A.CALIGIURI E N.NAPOLETANO, *The application of the ECHR in the domestic system*, in *The Italian Yearbook of International Law*, Volume XX (2010), pp.125-159.

G.CAMPANELLI, *La sentenza 129/2008 della Corte costituzionale e il valore della decisione della Corte Edu: dalla ragionevole durata alla ragionevole revisione del processo*, in *Consultaonline*, 2009, (online).

E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art. 117, co.1 Cost.*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n.1/2010, pp. 128 e ss.

E. CANNIZZARO, *Les rapports entre la Court de Justice et la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Le juge communautaire et les juges internationaux: concurrence ou collaboration ?*, in J. VERHOEVEN (a cura di), Bruylant, 2014.

E. CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2012, pp. 23-42.

V. E. CANNIZZARO – B. I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in M. MADURO, K. TUORI E S. SANKARI, *Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge University Press, 2014, pp. 78 e ss.

E.CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 138-143.

E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di) *I controlimiti - Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2016pp. 45-61.

G.CANZIO, R.E.KOSTORIS, A.RUGGERI *"Gli effetti dei giudicati "europei" sul giudicato italiano dopo la sentenza n.113/2011 della Corte costituzionale"* in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, n.2/2011, pp.1-20.

R.CAPONI, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le corti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.6/2012, pp. 4232 e ss.

R.CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 5/2011, pp. 3753 ss.,

L.CAPPUCCIO, *Differenti orientamenti giurisprudenziali tra Cedu e Corte costituzionale nella tutela dei diritti*, in *La “manutenzione” della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia* a cura di C. DECARO, N.LUPO e G. RIVOSECCHI, Torino, 2012, 83.

B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012.

S. M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell’Unione e ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2013, pp. 1 e ss.

P.CARRETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.2/2008, pp. 311-320.

M.CARTABIA, *La CEDU e l’ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All’incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l’efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, pp.1 ss.

M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, n.5/2007, pp. 3564 ss.

M. CARTABIA, *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e l’ordinamento italiano*, in A. BALSAMO E R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, pp.33-66.

C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.it, 17 giugno 2014, (online).

M.CASTELLANETA, *La riapertura dei processi penali a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. I, Napoli, 2008, pp. 59-103.

G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto*. Scritti in onore di Francesco Capotorti, vol. I, Milano, 1999, pp. 55-81.

G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.2/2008, pp. 321-347.

G.CATALDI, *La natura self-executing delle norme della Convenzione europea dei diritti umani e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in A.CALIGIURI, G. CATALDI, N.NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in europa- tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp. 565-594.

A. CIAMPI, *Processo non equo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo e rinnovazione del giudizio secondo la Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, n.3/2008, pp. 796-800.

C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, pp. 787-810.

G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in www.archiviopenale.it, 2015, (online).

M. CLAES, J.H. REESTMAN, *The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case*, in *German law journal*, Vol. 16, n.4, pp.917-970.

M. CLAES, *National Identity: Trump Card Or Up For Negotiation?*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. A. LLIVINA, (a cura di), *National identity and european integration*, Vol. 4/2013, pp. 109-139.

M. P. COLAGERO, *Vita e morte dell'occupazione acquisitiva. Riflessioni intorno ad un istituto controverso, ad una sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, ad una sentenza della Corte costituzionale e ad un orientamento della Corte Edu*, in *Oidu*, 2016, pp. 479-529.

P. COLASANTE, *Una legge di interpretazione autentica per "fare cassa": un'occasione perduta per tracciare i limiti dei provvedimenti anti-crisi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2012, pp. 174 ss.

L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.2/2008, pp. 301-310.

B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello stato in tema di espropriazione*, in *Giurisprudenza italiana*, n.3/2008, pp. 569-573.

B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.3/2008, pp. 581-585.

B. CONFORTI, *La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti*, in *Riv. dir. int.*, n.2/2013, pp. 527 ss.

G. CONTALDI, *La Convenzione europea dei diritti umani e i conflitti di civilizzazione*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di) *La tutela dei diritti umani in europa- tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp.535-548.

R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consultaonline*, studi 2015/I, (online).

R. CONTI, *L'interpretazione conforme e i dialoghi fra giudici nazionali e sovranazionali*, in www.europeanrights.eu, 2007, (online).

R.CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it, n.6/2010, pp.16 e ss. (online).

R.CONTI, *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, in *Corr. Giur.*, n.5/2010, pp. 619 ss.

R. CONTI, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. COSIO, R. FOGLIA. (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013, pp. 256 ss.

R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario) A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in www.diritticomparati.it, 5 aprile 2013, (online).

F. CRISAFULLI, *Il pagamento dell'“equa soddisfazione”*; in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003.

A. D'ALOJA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1/2014, pp. 1-45.

G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it, 3 luglio 2014, (online).

M. DE LUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme Cedu*”, in *Foro it.*, n.3/2013, parte I, pp. 791 ss.

A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, in *Archivio penale*, n.1/2015, pp.1-9.

A. DEL VECCHIO, *Il valore della CEDU nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, pp. 205-220.

V. DE MICHELE, *Le vicende del personale Ata trasferito allo Stato dopo le giurisdizioni superiori tornano al vero giudice: quello comune “europeo” che decide nel merito*, in www.europeanrights.eu, 14 marzo 2012, (online).

A. DE PETRIS, *Democratic Principle, EU Economic Policies and the German Federal Constitutional Court: Conflict or Concurrence?*, in federalismi.it, n.19/2014, pp.1 e ss.

P. DE SENA, *The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law*, in *QUIL – Questions of International Law* (online).

M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, p.187.

E. DI SALVATORE, *Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2011, pp.435-436.

R. DICKMANN, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU?*, in www.federalismi.it, 2009, (online).

R. DICKMANN, *Il “Diritto al giudice” di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in www.federalismi.it, 2014, (online).

F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it., n.1/2008, pp.1-10.

S. DORIGO, P. PUSTORINO, *Diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e revisione dei processi penali: la Corte costituzionale e il caso Dorigo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.3/2009, pp. 85-110.

M.DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it , 2016, (online).

A. DI STEFANO, *Spazio pubblico e diritti individuali. Pluralismo culturale e società democratica nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani*, in A.CALIGIURI, G. CATALDI, N.NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in europa- tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp.475-492.

V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, pp. 50-74.

L.EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, (online)

F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German law journal*, Vol. 16, n.4, pp. 1003-1024.

P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in www.forumcostituzionale.it , 2014, (online).

C. S. FEINGOLD, *The doctrine of margin of appreciation and the European Convention on Human rights*, in *Notre Dame Lawyer*, vol.53/1977, pp. 90 e ss.

F.FERRARO, *Conflitti tra organi giurisdizionali: evoluzione e (in)certeza del diritto europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, n.1/2016, pp. 57-84.

M.FIERRO, R. NEVOLA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Tribunale costituzionale portoghese*, 16-18 ottobre 2014, pp. 2-84.

J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Rev. Francaise droit constitutionnel*, 1998, pp. 711 ss.

S. FOÀ, *Leggi di interpretazione autentica e conformità alla CEDU: il parametro di legittimità «conteso» tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Il Foro amministrativo (C.D.S.)*, n.7/2011, pp. 2247 ss.

S. FOÀ, *Un conflitto di interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e ragioni imperative di interesse generale*, in *www.federalismi.it*, n. 15/2011, pp. 1-19.

M. FRAGOLA, *La cooperazione fra corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012.

E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, 2013, (online).

P. FUSARO, *Il linguaggio non verbale della Corte costituzionale: la 'politica giudiziaria' nei confronti della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.5/2011, pp. 507-536.

M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: the Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in A. V. BOGDANDY - I. VENZKE (eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Glbal Governance*, Berlin/New York, 2012, pp. 332, 346.

P. GAETA, *I diritti fondamentali nelle dinamiche delle tre Corti: spunti di riflessione, relazione all'incontro di studio su Giudice penale, giudice costituzionale e Corti sopranazionali*, C.S.M., Roma, 11-13 febbraio 2008, in www.csm.it 2008, (online).

G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Rivista di diritto internazionale*, n.1/2008, pp. 136-138.

G. GAJA, *Le conseguenze di una riserva inammissibile: la sentenza nel caso Grande Stevens c. Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, pp. 832-834

G. GAJA, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 148-150.

G. GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, pp. 677-689.

D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n.3-4/1999, pp. 743-771.

M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva d'istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, n. 10/2011, pp. 3308-3320.

A. GIARDINA, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *AAVV, Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, pp. 220 e ss.

M. GIORGIANNI, *Il Rapporto tra Convenzione dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani*, in www.diritticomparati.it 2014, (online).

T. GIOVANNETTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *AA.VV, Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, a cura di P. PASSAGLIA, 2010, online.

I. GITTARDI, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it, (online).

F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi*, n. 7/2016, pp. 1 e ss.

T.F.GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e controlimiti allargati: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale* in www.federalismi.it , (online).

L. R. GLAS, *The functioning of the pilot-judgment procedure of the European Court of Human rights in practice*, in *Netherlands quarterly of human rights*, n. 1/2016, pp. 1 e ss.

L.GRADONI, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in www.forumcostituzionale.it, 2014, (online).

A. P. GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n.3/2015, pp.1-31.

S. GREER, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on human rights*, Council of Europe, 2000, (online).

B.GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, in www.forumcostituzionale.it , (online).

A. GUAZZAROTTI, A. COSSIRI, *La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole*, in www.forumcostituzionale.it , (online)

A.GUAZZAROTTI, *Uso e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007*, Relazione al seminario studi, *La CEDU tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti*, Università degli Studi di Perugia, 17 novembre 2011, in www.diritticomparati.it, 2011, (online).

A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, www.forumcostituzionale.it, 2014, (online).

A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, n.3/2006, pp.491-506.

A. GUAZZAROTTI – A. COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in www.forumcostituzionale.it, 2006, (online).

A. GUAZZAROTTI, *La Consulta guarda in faccia gli obblighi internazionali e la CEDU*, in *Studium Juris*, 2008, pp. 275 ss.

M. P. IADICCIO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2015, pp. 325 ss.

P. H. IMBERT, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Le rôle du Comité des ministres du Conseil de l'Europe*, in *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'esecuzione delle sue sentenze*, pp. 26 e ss.

V. IVONE E C. MIRAGLIA, *Fecondazione assistita e diagnosi preimpianto sulla salute dell'embrione*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, pp. 694-716, CEDAM, 2016.

J. KOKOTT, C. SOBOTTA, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, in *Academy of european law (AEL)*, n.6/2010.

R. KOLB, *The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court in Questions of International Law (QUIL)*, (online).

E.LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, n. 7/2010, pp. 955-965.

E. LAMARQUE, *The Italian Courts and interpretation in conformity with the Constitution, EU Law and the ECHR*, in *Europeanrights*, 2012 (online).

E.LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, relazione al Seminario “Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate”, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, (online).

A. LANZAFAME, *La fecondazione medicalmente assistita tra bilanciamento di valori e consenso europeo*, in *LeggiOggi.it* (online).

K.LENAERTS, *The European Court of Justice and Process-oriented Review*, in *European legal studies*, n.1/2012, pp.1-19.

S. LIETO, *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it , 2014, (online).

S. LEONE, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in www.forumcostituzionale.it , 2014, (online).

A. LESTER, *The European Convention on Human Rights in the New Architecture of Europe: General Report*, in *Proceedings of the 8th international colloquy on the European Convention on Human Rights*, 1995, pp. 223 e ss.

M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in www.federalismi.it, n.16/2007, (online).

M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corriere giuridico*, n.2/2008, pp. 201 ss.

M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, n.2-3/2012, pp. 359-374.

E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta della Cassazione civile e penale*, in *Cass. pen.*, n. 5/2007, pp. 1-19.

E. LUPO, *L'evoluzione del dialogo tra le Corti*, in *Questione giustizia*, 2014, pp. 33-37.

R. LUZZATTO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la riparazione delle violazioni della Convenzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Udina*, vol. I, Milano, 1975, pp. 433 e ss.

R. ST. J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, pp. 95 ss.

E. MALFATTI, *Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla Corte costituzionale (ord. n. 150/2012) ed esigenze del "seguito" alle pronunce di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 aprile 2013, (online).

V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it (online).

L. MARATEA, *Il valore della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento italiano. Spunti di riflessione critica*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2006, pp. 87 e ss.

L. MARRONE, *Esecuzione ed efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti umani in Italia: ancora sul caso Sud Fondi e altri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp.183- 189.

F. MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, pp. 589 e ss.

G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale*, in www.penalecontemporaneo.it (online).

M. MASSA, *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, in www.forumcostituzionale.it, (online) e in *Quad. cost.*, 3/2011, pp.706 ss.

M. MASSA, *Dopo il caso Agrati il caso Scattolon: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU*, in *Quad. cost.*, 4/2011, pp. 957 ss.

M. MASSA, *Difficoltà di dialogo. Ancora divergenze tra Corte Costituzionale e Corte Europea in tema di leggi interpretative*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n.1/2012, pp. 167-174.

R. MASTROIANNI, *Anche le leggi precedenti la Convenzione europea dei diritti dell'uomo debbono essere rimosse dalla Corte costituzionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 456 - 458.

R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Costituzioni nazionali*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale, Corti europee e giudice nazionale*, Convegno Corte di Cassazione, Roma, 21 gennaio 2009, in www.europeanrights.eu, 2009, (online)

C. MELONI, *La Corte costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità giurisdizionale dello Stato estero*, in www.penalecontemporaneo.it (online).

L. MENGHINI, *I contrasti tra Corte EDU e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2/2012, pp. 362 ss.

L. MONTANARI, *I sistemi di tutela dei diritti in Europa: alcune note sui rapporti tra giudici*, in S. GAMBINO (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali: Europa e Canada a confronto*, Milano, 2004, pp.266-283.

L. MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, (relazione al Convegno su la “Corte costituzionale e le Corti d’Europa”, Copanello, 2002), in www.rivistaaic.it, 2002, (online).

M. R. MORELLI, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2013, (online).

P. MORI, *Il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *SIDI blog*, 2015, (online).

A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull’eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 2014, (online).

E.MOTTESE, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti. Il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell’uomo: una integrazione “limitata”*, in *Fogli di lavoro per il Diritto internazionale*, (online).

A. MUSUMECI, *La fine è nota, osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, luglio 2014, (online).

E.NALIN, *I protocolli n.15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Studi sull’integrazione europea*, IX (2014), pp.x-x.

E. NALIN, *Legittimità delle riserve alla CEDU, cumulo di sanzioni penali e amministrative e violazione del ne bis in idem*, in *Sud in Europa*, 20014, pp. 16-17

N.NAPOLETANO, *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in A.CALIGIURI, G. CATALDI, N.NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa- tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp. 3-50.

A. NICOLUSSI E A. RENDA, *Fecondazione eterologa: il pendolo tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *Europa e diritto privato*, 2013, pp. 212-239.

T. A. O'DONNELL, *The margin of appreciation doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 4/1982, pp. 474/496.

V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi: la "internazionalizzazione" del diritto costituzionale*, Relazione al Convegno della Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008, in www.astrid-online.it, (online).

M.L. PADELETTI, *Indennità di esproprio e obblighi internazionali dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 143-150.

M.L. PADELETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 349- 365.

C.PADULA, *La Corte costituzionale e i "controlimiti" alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co.1, Cost.*, in www.federalismi.it (online).

A. PALMIERI, *Leggi retroattive: l'ardua mediazione tra l'interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in *Il Foro italiano*, n. IV/2013, pp. 9 ss.

S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in www.forumcostituzionale.it (online), 2014.

E. PERILLO, *Noterelle sparse sulla teoria dei contro-limiti, sul procuratore europeo, sulla Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2014, pp. 491-506.

I. PERNICE, *Multilev Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitutionalism Making Revisited*, in *Common Market Law Review*, 1999, pp. 703 e ss.

P. PIRRONE, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: restitution in integrum ed equa soddisfazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, v. 80, n.1/1997, pp. 152-174 ss.

P. PIRRONE, *Art. 46*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 748.

P. PIRRONE, *Limiti e controlimiti alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della corte Europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2009, pp. 151-168.

P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, pp. 86 e ss.

C. PINELLI, *«Valutazione sistematica» versus «Valutazione parcellizzata»: un paragone con la Corte di Strasburgo*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2012, pp. 4228 e ss.

P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004.

N. PLASTINA, *Caso Dorigo: la Cassazione ritorna sui rapporti tra giudicato penale interno e sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – Aspettando la Consulta e (forse) il Parlamento*, in *Diritti dell'Uomo*, n. 1/2007, pp. 42-48.

F.POLACCHINI, *Controllo di convenzionalità e Corte costituzionale nell'esperienza italiana*, in *DPCE*, N.3/2015, (online).

O.POLLICINO, *Unione europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it (online).

O.POLLICINO, *I rapporti tra Corti in uno scenario ancora più complesso ed articolato dopo Lisbona*, in www.diritticomparati.it, 2010, (online).

O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010.

O.POLLICINO, *Corti europee ed allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2009, pp. 1 ss.

O. POLLICINO e V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, (online).

O. PORCHIA, *La dinamica dei rapporti tra norme interne e dell'Unione nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, n.1/2013, pp. 71-100.

D. PRESHOVA, *Battleground or meeting point? Respect for national identities in the European union-article 4(2) of the Treaty on European union*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, n.8/2012, pp. 267-298.

P. PUSTORINO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e revisione dei processi penali: sviluppi della giurisprudenza italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, pp. 678-693.

P. PUSTORINO, *Un nuovo intervento della Corte costituzione in tema di riapertura di procedimenti penali per contrarietà alla Cedu*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 12/2011, pp. 2646-2648.

P. PUSTORINO, *Corte costituzionale, CEDU e controlimiti*, in *Giur.it*, 2013, pp. 769 ss.

G. RAGONE, *Nota a Corte cost. 49/2015. Giurisprudenza Cedu e ordinamento interno: nuove istruzioni per l'uso da parte della Corte costituzionale italiana*, in *DPCE*, n.2/2015, (online).

G. RAIMONDI, *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti umani negli affari nei quali essi sono parti: l'art. 46, primo comma, della CEDU*, in AA. VV. (a cura di), *La Corte europea dei diritti umani*, pp. 42 e ss.

B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Cort. Parillo C. ITALIA: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le "sentenze gemelle" (e la sentenza n. 49/2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2015, pp. 617-624.

B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Aic*, n.4/2011, pp. 1 e ss.

G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio binario'*, in *Diritto pubblico* n.3/2014, pp.1076-1120.

G. RICCI, *Il passaggio del personale Ata dagli enti locali allo Stato: per la Corte di giustizia è un caso di trasferimento d'azienda* (Osservaz. a Corte giust. 6 settembre 2011, causa C-108/10), in *Foro it.*, n.11/2011, IV, pp. 503 ss.

I.RIVERA, *L'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controlimiti del diritto convenzionale vivente*, in *www.federalismi.it*, n.19/2015, pp. 2 ss.

M.G.RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, 17 giugno 2014, in *www.confronticostituzionali.it*, (online).

R.ROMBOLI, *Il bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti come strumento per l'“integrazione delle tutele” nel dialogo tra le corti*, in *Il foro it.* 2013, (online).

A. RUGGERI, *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in *www.diritticomparati.it*, 2011, 6.

A. RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Incontro di studio presso il Consiglio Superiore della Magistratura, 28 febbraio – 2 marzo 2007, in www.forumcostituzionale.it, (online).

A. RUGGERI, *Il caso Agrati: ieri il giudicato penale, oggi le leggi retrattive d'interpretazione autentica, e domani?*, in *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, 2011, pp. 709-712.

A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in www.forumcostituzionale.it (online).

A.RUGGERI, *La Corte Costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte edu*, in *Consulta online*, (online).

A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consulta online*, (online).

A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012”)*, in *Consulta online*, nella Sezione “Studi e commenti”, 2012, (online).

A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilava la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in www.diritticomparati.it (online).

A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)* in www.forumcostituzionali.it , 14 giugno 2014, (online).

A. RUGGERI, *La Corte aziona l’arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all’ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consultaonline*, Studi 2014, (online).

A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in www.penalecontemporaneo.it (online).

A. RUGGERI, *L’ “intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell’affermazione della Costituzione come “sistema”*, in *Consulta online*, 2013, pp. 9 e ss.

M. RUOTOLO, *L’incidenza della CEDU sull’interpretazione costituzionale. Il «caso» dell’art. 27, comma 3, Cost. 1*, in *Rivista AIC*, n.2/2013, pp.157-172.

D. RUSSO, *La “confisca in assenza di condanna” tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in *oseervatoriosullefonti.it*, n.2/2015, pp.1-8.

A. SACCUCCI, *Illegittimità costituzionale di leggi incompatibili con la Convenzione europea e possibili ripercussioni sull’esigenza del previo esaurimento dei ricorsi interni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 150-157.

A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, n.3/2002, pp. 618-681.

A. SACCUCCI, *Accesso ai rimedi costituzionali previo esaurimento e gestione “sussidiaria” delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2012, pp. 263-291.

U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 10/2012, pp. 636- 646.

R. SAPIENZA, *Ancora sulla sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, della Corte costituzionale. La fecondazione eterologa tra margine d’apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme alla Convenzione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, n.3/2014, pp. 638-643.

R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, pp. 571 e ss.

H. SAUER, *Doubtful it Stood...: Competence and Power in European Monetary and Constitutional Law in the Aftermath of the CJEU’s OMT Judgment*, in *German law journal*, Vol. 16, n.4, pp. 971-1002.

E.SCODITTI, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la CEDU come parametro interposto di costituzionalità*, in *Il Foro italiano*, 2013, pp. 787-791.

M.SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014, (online).

A. SCHILLACI, *La cooperazione nelle relazioni tra la Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.rivistaaic.it, n.4/2012, (online).

E. SCISO, *Punta Perotti a Bari: ancora una condanna per una confisca da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, pp. 487-496

P. SIMONE, *Decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento giuridico nazionale: gli effetti delle "sentenze pilota"*, in *Processo penale e giustizia*, n.2/2014, pp.133-143.

S. SIMON, *Direct Cooperation Has Begun: Some Remarks on the Judgment of the ECJ on the OMT Decision of the ECB in Response to the German Federal Constitutional Court's First Request for a Preliminary Ruling*, in *German law journal*, Vol. 16, n.4, pp. 1025-1048.

G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consultaonline*, (online).

D. SPIELMANN, *Whither the margin of appreciation?*, in *Oxford Journals, Current Legal Problems*, vol. 67/2014, pp.49-65.

V. STARACE, *L'inadeguatezza della vigente disciplina convenzionale relativa all'esecuzione delle sentenze e l'opportunità di adeguamenti*, in *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'esecuzione delle sue sentenze, Quaderni della Rivista "La Comunità internazionale"*, Editoriale scientifica, Napoli, 2003, pp.127 e ss.

G. STROZZI, *La tutela (s)bilanciata dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2014, pp.189-201.

G.STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi dell' integrazione europea*, 2009, pp. 23 ss.

A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali 'assoluti' nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, pp. 644 e ss.

A. TANZI, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, in www.forumcostituzionale.it (online).

D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni Costituzionali* 2/2015, pp. 400 ss.

D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di) *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee*, pp. 71 e ss.

D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in www.forumcostituzionale.it 2008, (online).

G. TESAURO, *Il Giudice nazionale e il diritto europeo. Il Rapporto tra il giudice nazionale e la Corte dei diritti dell'uomo*, Relazione al Convegno presso la Corte di appello di Roma del 3.6.2013.

G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.2/2009, pp. 195-229.

V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante*

garantismo per i futuri interessi del nascituro, in www.penalecontemporaneo.it, 13 Giugno 2014, (on line).

V. TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2015, (online),

V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, (online).

A. TIZZANO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, pp. 839 e ss.

A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti comunitari*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 734 ss.

A. TIZZANO, *Le Corti europee e l'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, n. 1, pp. 29-57

L. TOMASI, *Il dialogo tra Corti di Lussemburgo e Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in M.C. BARUFFI (a cura di) *dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, pp. 149-182.

S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, pp. 1123 ss.

E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2014, p. 9.

A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014, (online).

A. VALENTINO, *Il principio d'irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.rivistaaic.it, n.3/2012, pp.1-32.

A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto. A proposito di Tribunale di Roma, Sezione prima civile, ordinanza 23 settembre 2013, giudice Galterio, Costa e Pavan contro Asl Roma A e Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna*, in *diritto penale contemporaneo*, n. 2/2014, pp. 251- 270.

A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in www.penalecontemporaneo.it (online).

S. VEZZANI, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che rilevano la contrarietà alla Convenzione di situazioni interne di portata generale*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, pp. 43-74.

F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, luglio 2014, (online).

F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it (online).

F.VIGANÒ, *A Strasburgo il re è nudo*, in *diritto penale contemporaneo*, n.3-4/2014, pp. 277 ss.

F. VIGANÒ, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, (online).

F.VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), Taricco, causa C-105/14)*, in www.diritto penale contemporaneo.it, (online).

F.VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it. (online).

F.VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, (online).

F.VIGANÒ, *NE BIS IN IDEM e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani, Riflessioni de lege lata e ferenda sull'impatto della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, (online).

F.VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, (online).

U. VILLANI, *“Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano”*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 7-27.

U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2012.

U. VILLANI, *Sull'efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano dopo il Trattato di Lisbona*, in L. PANELLA – E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì. Diritti umani*, vol. 2/2011, pp.661 – 671.

U.VILLANI, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M.FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra le Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012, p. 4 ss.

L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio*, luglio 2014, pp.1-15.

A.VITERBO, *Origine e sviluppo della Convenzione europea dei diritti umani*, in A.CALIGIURI, G. CATALDI, N.NAPOLETANO (a cura di) *La tutela dei diritti umani in europa- tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp.75-110.

A.VIVIANI, *Il diritto di fondare una famiglia, la fecondazione assistita e i... passi indietro della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6, n. 1/2012, pp.196 ss.

M. A. WILKINSON, *The Euro Is Irreversible! ... Or is it?: On OMT, Austerity and the Threat of "Grexit"*, in *German law journal*, Vol. 16, n.4, pp. 1049-1072.

M. YAVUZ, *The pilot judgement procedure: a breakthrough to overcome the workload of the european court of human rights?*, in *Human right review*, 5/2015, pp. 87-107.

V.ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC)*, 2015, (online).

V.ZAGREBELSKY, *I mutamenti legislativi o regolamentari e di prassi amministrative volti ad impedire il riprodursi della violazione*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, pp.108 e ss.

V. ZAGREBELSKY, *La conferenza di Interlaken per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2010, pp.309-314.

V. ZAGREBELSKY, *Parillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei dritti umani e costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2015, pp. 609-616.

V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem della Cedu*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 1196-1200.