



Diritto UE

Ruggeri, i giudici comuni e l'interpretazione

di Roberto Giovanni Conti

4 ottobre 2019

Ruggeri, i giudici comuni e l'interpretazione di Roberto Giovanni Conti*

Sommario 1. Il Ruggeri giurista e il suo rapporto con la giurisdizione. 2. Il giudice comune e la CEDU. 3. La scrivania del giudice, affollata da Carte dei diritti e da diritti. 4. Dalle prime sentenze gemelle della Corte costituzionale alle pronunzie del giudice costituzionale del 2009 sul ruolo dell'interpretazione convenzionalmente orientata. 5. Gli ulteriori svolgimenti della giurisprudenza costituzionale sul vincolo derivante dalle sentenze della Corte edu. La “dolorosa” presa di posizione della sentenza n.49/2015 della Corte costituzionale. 6. La necessità di un'interpretazione convenzionalmente orientata anche in assenza di precedenti della Corte edu. 7. Le sentenze nn.24 e 25/2019 della Corte costituzionale. Ancora a proposito dell'interpretazione convenzionalmente orientata. 8. Il dissidio irrisolto fra *law in books* e *law in action*. 9. Il carattere elastico della CEDU ed il ruolo dell'interpretazione da parte dei suoi vari interpreti. Ancora accresciuto il livello di difficoltà sulla strada dell'effettività dei diritti. 10. L'interpretazione convenzionalmente orientata e l'obbligo del giudice di *fedeltà* alla Repubblica. 11. Conclusioni.

1. Il Ruggeri giurista e il suo rapporto con la giurisdizione.

Non ho alcuna difficoltà a riconoscere di avere un debito di riconoscenza assai marcato nei confronti di Antonio Ruggeri.

L'occasione, assai lusinghiera, che mi è stata qui offerta di partecipare agli scritti in suo onore curati dai suoi allievi vorrei dedicarla, dunque, nella sua prima parte a tratteggiare il ruolo che Antonio ha giocato nella mia formazione, invece dedicando la seconda parte ad alcune riflessioni sulle quali, invero, lo stesso Ruggeri, nel corso degli anni, ha già praticamente dissodato l'intero campo del ruolo dell'interpretazione alla luce dei parametri costituzionali e sovranazionali. Va beninteso chiarito fin dall'inizio che la prima parte non vuole essere soltanto la descrizione di un'esperienza individuale maturata da un giudice professionalmente cresciuto spesso attingendo agli studi di Ruggeri, quanto l'attestazione che più di una generazione di giudici nazionali ha avvertito, nel corso dell'ultimo decennio, un crescente bisogno delle riflessioni di Antonio. Proverò ora a dimostrare il perché di questo "effetto".

Un giurista, in definitiva, che ai miei occhi è parso, da quando ho avuto il privilegio di conoscerlo un po' più da vicino, *sui generis*.

È infatti il modo di fare "dottrina" di Ruggeri che continua ad affascinarmi. Una prospettiva, la sua, di perenne *servizio* in favore delle persone e degli operatori di giustizia, aperta ad offrire contributi con un impeto, una costanza ed una precisione che lasciano trasparire il vero *fine* e l'autentico *valore* della produzione scientifica vorticoso di Antonio.

Un qualcosa di totalmente estraneo a logiche di potere, di casta, di potentati accademici, di dominio intellettuale o, ancora, di sopraffazione culturale, tutto al contrario rivolto ad offrire chiavi di riflessione, suggestioni, orizzonti sempre aggiornati e alimentati incessantemente dal *diritto vivente* e dalla stessa dottrina alla quale lui appartiene.

Un giurista dunque che a me pare abbia continuato ad insistere sui temi che ruotano attorno ai diritti fondamentali unicamente per la necessità di rispondere continuamente alle domande che quei diritti agitano, nelle loro multiformi proiezioni.

Anzi, proprio la consapevolezza che all'interno dei diritti vi sia, inscindibilmente, una componente di doverosità che si salda poi con il tema, ricorrente, nel pensiero di Antonio, della solidarietà^[1], fa trasparire il vero obiettivo di Antonio, orientato a garantire nella massima misura possibile la salvaguardia della persona alla quale sono riconducibili i canoni di *libertà eguaglianza e dignità*, declinati senza virgole, come a lui è piaciuto scrivere nell'intervista a due voci con Roberto Bin concessa a *Giustizia Insieme*, proprio perché "inseparabili e bisognosi di darsi costante e mutuo sostegno."

Cosa si cela, dunque, dietro queste espressioni se non una autentica venerazione per l'uomo^[2] in quanto portatore di un bagaglio di valori unico e ogni volta irripetibile, sempre cangiante,

sempre destinatario di tutela sagomata sui diritti in un continuo gioco di bilanciamenti che, caso per caso, è chiamato a svolgere il giudice comune?

Sembra emergere dal pensiero ruggeriano la forte consapevolezza che, in un periodo storico in cui l'incultura e le derive autoritarie sono meno lontane di quanto possa sembrare, occorre perseguire con forza ed incessantemente una cultura fondata su un nuovo umanesimo, ricostruito attorno alla dimensione poliedrica dei diritti ed alla loro carica di doverosità e, quindi, di solidarietà[3]. Un umanesimo che Ruggeri riconduce con fermezza e certezza alla Carta costituzionale ed al valore personalistico che essa stessa irradia, anche per il tramite delle fonti sovranazionali alle quali la stessa si apre totalmente, attribuendo alle Carte dei diritti quella natura materialmente costituzionale che ne consente una continua ed incessante rigenerazione.

A ben considerare, un pratico che si accosta a Ruggeri non può non notare la semplicità della sua dottrina che, nel ricostruire il modello costituzionale, la tipicità dei ruoli dei suoi protagonisti ed i contenuti della nostra democrazia ha come punto cardinale la persona, anzi *le persone*, per modo che le funzioni a ciascuno riservate in quel modello non possono che coordinarsi e cooperare verso un unico obiettivo, appunto dato dalla protezione e salvaguardia dell'uomo, visto in tutta la sua complessità.

L'uomo destinato a mettersi al servizio di sé e della collettività nella quale è chiamato ad operare in una missione in cui gli onori sono bilanciati dagli oneri e dai doveri. Bellissima, solo per fare un esempio, l'immagine complessa del diritto alla salubrità dell'ambiente come dovere che ciascuno ha necessità di salvaguardarlo per sé e le generazioni future che Antonio ha tratteggiato nel suo scritto sulla dignità[4].

Non diversa la figura di "uomo giudice" sulla quale ripetutamente Ruggeri ritorna per confermarne l'indispensabilità non solo e tanto perché per funzione destinata a proteggere la persona ed i diritti che ad essa fanno capo, quanto per sottolinearne il carico di *responsabilità*.

Il giudice che, chiamato a far vivere le Carte dei diritti nazionali e sovranazionali, deve essere sì coraggioso al punto che, per usare le sue stesse parole, "*se privo del coraggio di mettersi in gioco anche – laddove necessario – esponendosi in prima persona farebbe bene a cambiare mestiere*". Ma un giudice che, al contempo, non può non avere una "mentalità ispirata al senso del limite e alla consapevolezza delle risorse di mente e di cuore di cui ciascuno operatore può e deve essere dotato e che vanno fino in fondo portate a frutto". Esortazione che Ruggeri non incontra alcuna remora ad indirizzare non solo ai giudici nazionali comuni, ma anche ai giudici costituzionali e a quelli delle altre Corti sovranazionali, esortandoli a sperimentare con autentico spirito di

apertura, i vantaggi e le potenzialità di quel *principium cooperationis* che deve animarli costantemente. Quasi naturale risulta l'accostamento di Ruggeri all'ultimo Calamandrei, quando il grande accademico e avvocato fiorentino ricordava che “nel sistema di legalità, la stessa legge offre al giudice i mezzi per non perderla mai di vista, per mantenersi sempre in contatto con essa, anche quando i tempi cambiano più velocemente delle leggi: l'interpretazione evolutiva, l'analogia, i principi generali, finestre aperte sul mondo, dalle quali, se il giudice sa affacciarsi a tempo, può entrare l'aria ossigenata della società che si rinnova”^[5].

Un invito, quest'ultimo che Ruggeri sente particolarmente avvertendo il rischio che le esondazioni che possono pur verificarsi fra l'un potere ed e l'altro o fra un plesso giurisdizionale ed un altro rischiano di determinare, se istituzionalizzate, lo smarrimento dello Stato costituzionale. Invito che si fa, dunque, più incisivo quando Ruggeri tocca il tema, centrale, dell'interpretazione.

Il rapporto fra i giudici e Ruggeri a me pare possa definirsi di mutuo e reciproco scambio, poiché senza il lavoro dei primi il pensiero di Ruggeri non sarebbe maturato per come esso si è andato sviluppando nel corso degli anni e senza l'instancabile opera di Antonio il *diritto vivente* non avrebbe potuto disporre di quegli stimoli, anche critici, che hanno, in definitiva, contribuito al “successo”, se così si può definire, delle giurisdizioni o meglio dei diritti in termini di riconoscimento di tutele sempre più approfondite ed efficaci.

Dunque, un *do ut des* assolutamente salutare, alimentato dal diritto vivente e in un numero straordinario di volte immediatamente studiato, decodificato, inquadrato e commentato da Ruggeri, al fine di verificarne la ragionevolezza di cui parla a più riprese Nicolò Lipari e di cui in seguito ancora si dirà.

In definitiva, ai miei occhi l'esperienza scientifica di Ruggeri vista da un pratico costituisce la riprova autentica del carattere vincente dell'idea che a più riprese ha connotato i suoi scritti. Un'idea che ha radici profonde e che torna a prendere corpo da quella concezione che vede al centro dell'universo la persona, tutta protesa ad offrire di sé i frutti migliori ma al contempo a recepire quelli che arrivano da chi partecipa alla comunità e che, per ciò stesso, va considerato e ponderato attentamente, anche magari per farne oggetto di critica aspra e ferma. Insomma un modo estremamente virtuoso di rappresentare la comunità scientifica che i pratici del diritto non hanno potuto non apprezzare.

2. Il giudice comune e la CEDU.

È dunque in questa prospettiva che ho scelto di dedicare la seconda parte di queste riflessioni alla risposta al seguente quesito: qual è il ruolo del giudice nazionale nel processo di progressiva attuazione della CEDU?

Questo è l'interrogativo al quale proverò a rispondere procedendo, dunque, per gradi.

Una parte delle mie riflessioni proveranno qui ad essere meramente informative, riproponendo i passaggi principali della giurisprudenza costituzionale che hanno segnato, a partire dalle note sentenze gemelle del 2007 per giungere ai più recenti arresti del 2019, non tanto il tema dei rapporti fra ordinamento interno e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, quanto quello dell'interpretazione della CEDU che al giudice comune viene "delegata", orientando questa indagine al "che cosa" e "al come" il giudice comune deve procedere ed a quali rischi espone l'attività ermeneutica giudiziaria.

I profili d'indagine saranno dunque orientati al piano della giurisprudenza costituzionale ma, inevitabilmente, anche a quello della Corte europea dei diritti dell'uomo, quanto meno per la parte che riguarda il ruolo del giudice nazionale nell'interpretazione della Convenzione.

3. La scrivania del giudice, affollata da Carte dei diritti e da diritti.

Comincerò con l'immagine della scrivania del giudice sulla quale egli lavora per decidere i casi posti alla sua attenzione.

Un tempo avevamo i codici, le leggi e la Costituzione- l'ordine appena esposto non è casuale ma voluto -, oggi abbiamo il computer, le banche dati normative e giurisprudenziali ma un ambito sempre più vasto è occupato dalla Costituzione, dalle Carte dei diritti fondamentali e dalle giurisprudenze delle corti nazionali e sovranazionali.

Oggi siamo tutti più o meno consapevoli che il nostro modo di lavorare non può prescindere dall'uso di queste fonti e dei rispettivi *diritti viventi*.

Lì devono esserci le Carte dei diritti e le sentenze delle Corti europee – edu (per quel che qui direttamente rileva) e di giustizia -. Lì tali strumenti stazionano anche solo in modo virtuale se non le conosciamo e non ne abbiamo conoscenza diretta. E lì stanno per essere applicati dal giudice comune, non certo per scelta opportunistica o per un'opzione ideologica o per mera soddisfazione edonistico-individuale, ma per un preciso obbligo che ha il giudice e che proviene dalla Costituzione, dall'apertura da essa stessa data alle fonti sovranazionali, al rango che esse hanno nell'impianto costituzionale (artt.2,3,10,11 e 117 1^a comma Cost.) e dal significato ad esso

dato.

Come maneggiarle dunque, quale peso ad esse riconoscere, quale rilevanza, quale vincolatività esse hanno nel sistema, se si parte dalle affermazioni esposte dalla Corte costituzionale tese a via via revisionare, addolcire, superare e alla fine recuperare i postulati affermati nelle sentenze c.d. gemelle del 2007?

Questo, in estrema sintesi, il contenuto delle riflessioni che seguono, maturate anche grazie al pensiero a più riprese espresso da Ruggeri sul tema[\[6\]](#).

4. Dalle prime sentenze gemelle della Corte costituzionale alle pronunzie del giudice costituzionale del 2009 sul ruolo dell'interpretazione convenzionalmente orientata.

Con le note sentenze gemelle del 2007 – nn.348 e 349 – la Corte costituzionale affermò che il primo artefice dell'applicazione della Convenzione edu è "il giudice". In quell'occasione fu parimenti confermato che "il giudice" è tenuto ad interpretare in modo conforme il diritto interno alla Convenzione-".... *Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme.*"-p.6.2 cons. in diritto sent.n.349/2007-. Passaggio ulteriormente ribadito quando la Corte riconosce che "....L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di *giudici comuni della Convenzione....*" – cfr. sent. ult. cit. –.

Il ruolo del giudice comune rispetto alla CEDU ritorna nelle sentenze del 2009.

Ed in effetti, la Corte costituzionale, con le seconde sentenze gemelle del 2009- nn.311 e 317- non aveva mancato di rimarcare il ruolo centrale del giudice comune nel processo di progressiva attuazione della CEDU, allo stesso imponendo l'obbligo di procedere ad operazioni di interpretazione conforme dell'ordinamento interno alla Convenzione sui diritti umani-cfr.p.6 sent.n.311/09: "...al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme"-.

Al contempo, la Consulta, sulla scia di quanto esternato nelle sentenze dell'ottobre 2007, ribadiva che al giudice spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti con efficacia vincolante per tutte le autorità statali – legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni –.

Ed infatti, la sentenza.n.311/09 (p.6) cominciava col dire che “Questa Corte ha, inoltre, precisato nelle predette pronunce che al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, *nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo* – enfasi aggiunta n.d.r. –, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti.”

Sempre al punto 6 la stessa pronunzia aggiungeva che “Questa Corte ha anche affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione.”

Sempre nella sent.n.311/09 si era ulteriormente precisato che tale vincolo si estende anche al giudice costituzionale, se è vero che nella verifica di costituzionalità “spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso un'interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, *nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo*.”

Pertanto, “Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto 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. ...In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU.”

Rispetto a siffatto obbligo, in parte diverso risultò l'approccio di Corte cost.n.317/09.

Ed infatti, in tale decisione il riferimento alla vincolatività risulta più sfuggente, dapprima ristretto all'interno di una proposizione incidentale (p.8 cons.in diritto): “...Se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, si arriva facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU” – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – e poi nella stessa richiamato *per relationem*- (p.8):”...Questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di

Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione ([sentenza n. 311 del 2009](#))..."

Il punto di novità più rilevante delle sentenze del 2009 rispetto alle *gemelle* del 2007 è rappresentato da un inciso espresso da Corte cost.n.311/09 che, pur ribadendo la forza dei principi appena evocati, ritenne di dover precisare che “*Beninteso*, l'apprezzamento della giurisprudenza europea *consolidatasi* (enfasi aggiunta n.d.r.) 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.”

Quest'ulteriore affermazione veniva completata da un rinvio a due precedenti, l'uno della Corte di Cassazione – Cass. 20 maggio 2009, n. 10415 – e l'altro della Corte di Strasburgo – Corte dir. uomo, 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*, ric. n. 22644/03 –, che vorrebbero confermare la piena compatibilità della prospettiva appena indicata con i principi affermati dal giudice comune e dalla Corte dei diritti umani sul ruolo della giurisprudenza della Corte europea.

In effetti, le due sentenze evocate da Corte cost. n.311/09 sembravano voler fornire chiarimenti a chi, autorevolmente, aveva posto in discussione la correttezza dell'affermazione circa la *vincolatività* della giurisprudenza CEDU per come prospettata dalla Consulta[\[7\]](#).

Conferma *autentica* a quanto si è appena detto la si trova, del resto, in uno scritto dell'estensore della sentenza n.311/09[\[8\]](#), nel quale veniva per l'appunto menzionata Cass.10415/2009 come esempio di giurisprudenza che aveva, questa sì, giustamente inteso il messaggio espresso dalle sentenze dell'ottobre 2007.

5. Gli ulteriori svolgimenti della giurisprudenza costituzionale sul vincolo derivante dalle sentenze della Corte edu. La “dolorosa” presa di posizione della sentenza n.49/2015 della Corte costituzionale.

Tutto (o quasi) all'interno della sentenza n.49/15 della Corte costituzionale[\[9\]](#) ruota attorno al tema della *giurisprudenza consolidata*, sul quale la stessa si sforza di costruire un quadro di *principia* che dovrebbero valere per il giudice comune, impedendo alla radice il pericolo (duplice) di diventare entusiasta propagatore del verbo delle Corti internazionali e di rimanere attratto dal fascino ipnotico proveniente dalla CEDU (Bignami).

Secondo la sentenza n.49/15 i giudici comuni non devono interpretare la legge interna in modo convenzionalmente orientato se la giurisprudenza della Corte europea non si è consolidata in una certa direzione. In tali circostanze l'eventuale dubbio di compatibilità della norma convenzionale, arricchita da una giurisprudenza non consolidata, con la Costituzione, renderebbe immediatamente inoperante la prima^[10].

Si tratta di affermazioni assolutamente nuove, almeno per i tratti di approfondimento che ad esse si affiancano e che non sembra avere eguali nella pregressa giurisprudenza della Corte costituzionale – pure ricordata dalla pronuncia in esame (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009) – ove l'uso di espressioni e termini singoli non poteva preconizzare l'esito alla quale giungono oggi i giudici della Consulta.

Vi è, a sostegno di questa affermazione, un'esigenza primaria di diritto costituzionale volta al conseguimento di uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali.

In questa prospettiva il ruolo di giudice di ultima istanza della Corte di Strasburgo troverebbe la sua giustificazione e dovrebbe coordinarsi con l'art.101, secondo comma, Cost. e, dunque, con il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge, e non all'interpretazione (nel caso di specie riservata alla Corte Edu).

Il giudice comune, pertanto, non dovrebbe utilizzare la CEDU per come è espressa nei suoi articoli e/o nella giurisprudenza che non riguardano in modo specifico la vicenda posta al suo vaglio essendo chiamato, piuttosto, ad attendere che si formi un diritto vivente sul punto.

Questa libertà del giudice trova un duplice limite, secondo la Corte costituzionale.

Per un verso, "...il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi, quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata (sentenza n. 210 del 2013). In tale ipotesi, prosegue la Consulta, «la pronuncia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa» (sentenza n. 50 del 1970). Dunque, qui la Corte costituzionale sembra scindere l'efficacia del dispositivo della sentenza della Corte edu, inteso come comando, dalla portata interpretativa che nasce dal contenuto delle motivazioni delle decisioni della Corte europea, destinata a spiegare un'efficacia che gli esperti chiamano efficacia di cosa "interpretata" delle sentenze anzidette.

Per altro verso, il giudice comune dovrà sempre sentirsi vincolato dalle c.d.*sentenze pilota*.

Quando la Corte edu ha accertato una violazione di natura *sistemica* il suo precedente conta di più ed è più vincolante, secondo la sentenza n.49/2015.

Andare poi a scrutinare le ragioni e le giustificazioni razionali sottese a tale affermazione potrebbe risultare difficoltoso ma, ai fini dell'indagine che qui si sta svolgendo, rimane ancora una volta a carico del giudice comune verificare se la Corte edu abbia adottato una sentenza pilota, con il sotteso onere di sapere, a monte, cosa sia, in effetti una simile decisione.

Fuori da tali ipotesi la CEDU non è obbligatoria né ad essa, in simili casi, dovrebbe *obbedirsi*. In questa direzione sembra orientarsi Corte cost. n. 49/2015[11].

Anche se con la recente ordinanza n.43/2018 la Corte costituzionale, nel restituire gli atti al giudice *a quo* per consentire una valutazione degli effetti della sentenza resa dalla Grande Camera della Corte edu nel caso *A e B. c. Norvegia* in tema di *ne bis in diem*, ha lasciato intendere che la pronunzia della Grande Camera della Corte europea, quando contiene un *novum* rispetto a precedenti arresti giurisprudenziali, è vincolante per il giudice nazionale, rappresentando il *diritto vivente europeo*.

Dacché secondo l'ormai consueto atteggiarsi della giurisprudenza costituzionale, disegnato dalla dottrina con il termine assai espressivo di *oscillazioni del pendolo*[12], il giudice comune è ancora una volta investito di un ruolo a fisarmonica, che lo vedrebbe a volte soggetto vincolato all'altrui interpretazione – il che avverrebbe, in definitiva quando la Costituzione è interpretata dalla Corte costituzionale – v.sent.n.6/2018-, altre volte artefice abbastanza libero dell'individuazione del diritto del caso concreto.

Ora, non è questa la sede per sottoporre ad analisi la decisione della Corte costituzionale e la sua contrarietà alla prospettiva invece espressa dalla Corte Edu sulla portata delle proprie sentenze – del resto, esternata ufficialmente nella sentenza *Giem c. Italia* della Grande Camera resa nel giugno 2018 (v. § 252)-.

Serve piuttosto evidenziare e valorizzare, ancora una volta, l'accresciuto ruolo del giudice e dell'interpretazione “convenzionalmente” orientata allo stesso affidata.

Un'interpretazione che alla luce della sentenza n.49/2015, risulterebbe *inconvenzionale* (e dunque non ammessa) in assenza del *consolidamento* della giurisprudenza di Strasburgo ma che, ancora una volta, passa per l'attività riservata al giudice comune, al quale viene confezionato il compito di stabilire *quando* la giurisprudenza della Corte edu sia o meno consolidata.

Tale situazione sarebbe, del resto, ulteriormente indotta dall'estrema genericità degli indici rivelatori del consolidamento indicati dalla sentenza n. 49/2015.

Come che sia – e salvo a ritornare alla fine sul ruolo del consolidamento –, un accresciuto livello di responsabilità in capo al giudice comune che fa il paio con il parimenti crescente livello di professionalità reclamato su un interprete sempre più proiettato verso un confronto, un dialogo, con altre giurisdizioni ed altre tecniche decisorie, non proprio sovrapponibili a quelle che governano il piano nazionale interno.

Si intende, in definitiva, sottolineare che la progressiva valorizzazione del diritto di accesso alla giustizia e l'implementazione di centri decisionali, nazionali e sovranazionali, chiamati ad esprimere il loro avviso su una stessa materia secondo un quadro giuridico di riferimento non sempre omogeneo rispetto alle singole giurisdizioni rappresenta, oggi, un 'dato di certezza' dal quale non è possibile prescindere per intavolare una riflessione onesta e seria sulla giustiziabilità dei diritti.

Non è senza significato, ancora una volta, il ricorso a vicende che hanno visto in campo i giudici comuni, i giudici costituzionali, quelli della Corte edu e, infine, il legislatore.

Mi riferisco al caso del sovraffollamento carcerario.

Le pressioni sul giudiziario che non avevano trovato largo riconoscimento a livello interno circa una condizione carceraria disumana, dopo avere trovato spazio innanzi alla Corte edu con la nota sentenza "pilota" *Torreggiani c. Italia*, hanno stimolato il legislatore ad intervenire, pressato dalla vigilanza del Comitato dei Ministri presso il Consiglio d'Europa sullo stato di attuazione della sentenza appena ricordata.

Ne è derivata l'introduzione di una novella alla legge sull'ordinamento penitenziario sfociata negli artt.35 bis e ter – per quel che qui importa-[\[13\]](#).

Orbene, con l'art. 35 ter o.p., è stato lo stesso legislatore a formalizzare l'obbligo di interpretazione conforme alla Corte dei diritti dell'uomo, quanto all'art. 3 CEDU.

Tale disposizione si apre, infatti, chiarendo che 'Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, *come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*'.

Ora, ci si deve chiedere se il dato normativo di riferimento si coniughi e in che misura con il principio della vincolatività della giurisprudenza della Corte Edu soltanto se consolidata, a stare a quanto espresso la sentenza n.49/2015.

La disposizione testuale dell'art. 35 ter cit. sembra, in effetti, una risposta a quelle possibili criticità avendo il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, ben compreso come non fosse possibile realizzare un adeguamento del sistema alla protezione convenzionale limitando il ricorso alla giurisprudenza della Corte edu *consolidata* per come, invece, affermato dalla sentenza n. 49/2015. Ma è, ancora una volta, il giudice comune ad essere chiamato alla conoscenza della giurisprudenza convenzionale ed all'interpretazione conforme a CEDU.

6. La necessità di un'interpretazione convenzionalmente orientata anche in assenza di precedenti della Corte edu.

La vicenda appena ricordata rappresenta forse un passaggio non secondario che deve, anzi, essere adeguatamente valorizzato non soltanto per dare il giusto peso e portata alle affermazioni della Corte costituzionale con la sentenza n.49/2015 ma anche per favorire operazioni di contenimento della portata della sentenza n. 49 anzidetta alle quali, fortunatamente, non è risultata nemmeno estranea la stessa Corte costituzionale.

Ed infatti, in tempi più recenti, non sono mancate prese di posizione del giudice costituzionale rivolte ad attenuare l'idea di un'operatività della CEDU solo mediata da plurimi e costanti orientamenti.

In questa direzione si iscrive, con certezza, Corte cost.n.109/2017 (§ 3.1) ove si è, fra l'altro, affermato: "...[n]ell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, **specie** (neretto aggiunto n.d.r.) quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima".

E poco tempo prima, la stessa Corte –sent. n.68/2017– non aveva mancato di sottolineare che ‘...è parimenti da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, «[l']applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» (sentenze [n. 49 del 2015](#) e [n. 349 del 2007](#)). Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia

riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze [n. 276](#) e [n. 36 del 2016](#)). In tale attività interpretativa, che gli compete istituzionalmente ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune incontra il solo limite costituito dalla presenza di una normativa nazionale di contenuto contrario alla CEDU. In tale caso, la disposizione interna va impugnata innanzi a questa Corte per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., ove non sia in alcun modo interpretabile in senso convenzionalmente orientato ([sentenza n. 239 del 2009](#)). Nel caso di specie, pertanto, non è risolutiva la circostanza che la Corte di Strasburgo, con la [sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*](#), abbia applicato l'art. 7 della CEDU alle sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive previste in materia di abuso di informazioni privilegiate, senza occuparsi della confisca per equivalente, che non era oggetto di quel contenzioso. L'interprete nazionale è infatti tenuto a sviluppare i principi enunciati sulla base dell'art. 7 della CEDU per decidere se valgano anche con riferimento alla confisca di valore, e, come si è visto, la risposta al quesito deve essere affermativa.” Si tratta, a ben considerare, di posizioni che non si pongono in aperta distonia con la sentenza n.49/2015, anzi parimenti richiamata, ma che aiutano la Corte costituzionale a scrollarsi le critiche, a volte pesanti, che aveva suscitato la presa di posizione in tema di giurisprudenza consolidata[\[14\]](#).

La piena riconferma dei superiori principi da parte di Corte cost.n.63/2019 rende ormai pienamente consolidato il principio in forza del quale l'interprete è tenuto ad applicare la CEDU anche in assenza di pronunzie della Corte Edu.

Ne esce, così, confermata l'idea che è l'interprete, e primo fra tutti il giudice comune, a dovere fare *vivere* (o *morire*, seguendo le indicazioni di Corte cost.n.49/2015) la CEDU all'interno dei casi posti al suo vaglio in una prospettiva che guarda, a me pare in ogni caso, alla Convenzione come strumento di innalzamento di tutela dei diritti fondamentali.

Colpisce, nelle pronunzie da ultimo ricordate, come l'attività di interpretazione della legge sia essa stessa valorizzata e protetta sotto l'ombrello dell'art.101 Cost. che viene spesso individuato come elemento che i giudici violerebbero apertamente facendo ricorso ad interpretazioni creative, per l'appunto impedita dall'art.101 Cost.

Quando la Corte costituzione riconosce che “...[n]ell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU...-Corte cost.n.109/2017- essa dimostra, ancora una volta, quanto centrale sia il riferimento al canone ermeneutico nell'attività giudiziale.

Affermazione, quest'ultima, che potrebbe tornare utile per rispondere alle critiche, spesso aspre, mosse contro la deriva che sarebbe rappresentata da un ricorso senza controllo al canone ermeneutico per superare la legge e porre, dunque, il giudice, fuori dal perimetro delle sue attribuzioni.

7. Le sentenze nn.24 e 25/2019 della Corte costituzionale. Ancora a proposito dell'interpretazione convenzionalmente orientata.

Anche recentissimamente la Corte costituzionale ritorna a parlare di interpretazione convenzionalmente orientata e lo fa in ambito di misure di prevenzione, personali e patrimoniali, gestendo i “seguiti” prodotti dalla sentenza *de Tommaso c. Italia* della Grande Camera della Corte Edu.

Con la sentenza n.24/2019 la Corte costituzionale, esaminando il regime delle misure di sorveglianza personale e patrimoniale, escluse la natura penale, dà atto che le stesse incidono comunque su beni di rilevanza costituzionale -libertà di circolazione, diritto di proprietà – e sono legittime purché abbiano una base legale e siano in linea con le garanzie apprestate dai canoni costituzionali e convenzionali rilevanti.

In questa prospettiva la Corte sottolinea i requisiti di precisione, determinatezza e prevedibilità individuati dalla Corte edu nella sentenza *de Tommaso* e dà espressamente atto alla giurisprudenza di legittimità di avere “compiuto un commendevole sforzo di conferire, in via ermeneutica, maggiore precisione alle due fattispecie di pericolosità generica” successivamente alla pronuncia della Corte edu, al dichiarato fine di porre rimedio al deficit di precisione in quella sede rilevato.” Riconoscono, in questa prospettiva, la lettura convenzionalmente orientata, talora indicata come tassativizzante e si proiettano in un'attività di verifica circa il grado di specificazione che tali interpretazioni, maturate per lo più all'indomani della sentenza *de Tommaso*, possono offrire per garantire l'esigenza minima di prevedibilità. Nel far ciò la Corte si premura di chiarire che in campo penale l'interpretazione^[15] anche se costante “non vale a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale, non potendosi surrogare integralmente alla *praevia lex scripta*, ma soltanto individuare “il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza a che la persona può raffigurarsi leggendo”, ma aggiunge che, al di fuori della materia penale “...non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa

essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione" Ed è proprio il piano costituzionale e quello convenzionale a giustificare che "tale interpretazione giurisprudenziale sia in grado di porre la persona potenzialmente destinataria delle misure limitative del diritto in condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa".

A tal punto la sentenza n.24/2019 dimostra quanto sia importante l'interpretazione giudiziale in funzione tassativizzante, arrivando a ritenere che proprio l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di un precetto- quello di cui all'art.1 n.2 l.n.1423/1956 in cui si fa riferimento a "coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose"- è tale "da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali casi oltre che in quali modi essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca".

A diverse conclusioni la stessa sentenza giunge con riferimento alla fattispecie di cui all'art.1 n.1 della legge ult.cit. – ove fa riferimento a «coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi» (art. 1, numero 1, della legge n. 1423 del 1956, riprodotto in modo pressoché identico dall'art. 1, lettera a, del d.lgs. n. 159 del 2011) – che, secondo la Corte costituzionale, "appare, invece, affetta da radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza successiva alla sentenza de Tommaso". Alla giurisprudenza, prosegue la sentenza n.24/2019, "...non è stato possibile riempire di significato certo, e ragionevolmente prevedibile *ex ante* per l'interessato, il disposto normativo in esame". Da qui il parziale accoglimento della questione di legittimità costituzionale. Non meno rilevante risulta la sentenza n.25/2019, parallela alla sentenza n.24.

Tralasciando qui gli aspetti specifici delle questioni che non competono minimamente a chi parla, è invece interessante riportare qualche passo della sentenza n.25/2019 per dimostrare quanto sia avvertito come centrale il tema dei rapporti fra giudice, legge e Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Una lettura complessiva di tale decisione dimostra il carattere dinamico dell'interpretazione ma, al contempo, i suoi limiti.

A passare al vaglio della Corte costituzionale, in questo caso, è stata la disciplina che punisce penalmente l'inosservanza degli obblighi di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi"

connessi all'imposizione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di dimora.

La questione assumeva particolare rilevanza per il fatto che a sollevarla era stata la Corte di Cassazione in sostanziale distonia con quanto affermato dalle sezioni unite penali, le quali avevano fornito una lettura "tassativizzante" del precetto inidonea, tuttavia, ad operare al pari di un'*abolitio criminis* sopravvenuta per successione della legge nel tempo. Da qui la necessità di sollevare questione di legittimità costituzionale

Ed è a questo punto che la Corte costituzionale, nel ponderare la rilevanza della questione, offre importanti affermazioni di principio sul ruolo dell'interpretazione giudiziale. Ricorda, infatti che in un ordinamento in cui il giudice è soggetto soltanto alla legge e solo alla legge (art.101, secondo comma, Cost.) la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all'art.25, secondo comma, Cost. che vuole sia la legge a prevedere che il fatto commesso è punito come reato.

Se, dunque, "l'attività interpretativa del giudice, anche nella forza dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì parametrare i confini della fattispecie penale, circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante" essa è pur sempre un'attività dichiarativa" inidonea ad operare come se fosse un precetto normativo sopravvenuto-richiamandosi, specificamente, a quanto già ritenuto con la sentenza n.230/2012 -. In questa prospettiva la Corte costituzionale ricorda l'attività di ricostruzione del significato del precetto penale offerta dalle Sezioni Unite penali nella sentenza Paternò n.40076/2017, ispirata dalla sentenza *de Tommaso c. Italia* della Corte edu.

In quella circostanza, il giudice di legittimità, nella sua più autorevole composizione, aveva precisato che l'esistenza di vocaboli polisensibili, ovvero di clausole generali o concetti elastici, non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice... di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato. Seguendo tale prospettiva le Sezioni Unite procedettero ad una "rilettura del diritto interno che sia aderente alla CEDU" concludendo che il richiamo agli obblighi e alle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno può essere riferito a quegli obblighi o a quelle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, a cui potere attribuire valore precettivo. Emergenze non riscontrabili rispetto alle prescrizioni del vivere onestamente e del rispettare le leggi. Una prospettiva tassativizzante che le Sezioni Unite avevano già in precedenza esplicitamente caldeggiato sul versante dell'interpretazione costituzionalmente

orientata, apertamente circoscrivendo la portata precettiva dell'art.12, comma primo, delle preleggi (Cass. S.U. 22 febbraio 2018 n.8770, cit.).

Quest'attività interpretativa operata dalle Sezioni Unite che testimonia il già "compiuto processo di adeguamento e maggiore conformità ai principi della CEDU" segna, secondo la sentenza n.25/2019, l'arresto ultimo del diritto vivente, tuttavia inidoneo ad operare come *abolitio criminis*, per le considerazioni sopra ricordate. A tal punto la Corte ritorna sul valore della giurisprudenza della Corte edu e sui concetti di giurisprudenza stabile e di diritto consolidato utilizzati in passato per indicare i connotati che deve avere il diritto vivente della Corte edu per operare nell'ordinamento interno e giunge alla conclusione che il caso ad essa sottoposto consente di "completare, con riferimento alle norme oggetto delle questioni di costituzionalità, l'adeguamento della CEDU in concordanza con quello già operato, in via interpretativa, dalla sentenza delle Sezioni Unite."

Ed è estremamente importante che la prospettiva segnata dalla Corte costituzionale sia stata pienamente recepita proprio dal giudice di legittimità.

È infatti interessante notare come, a titolo meramente esemplificativo, Cass. n. 2438/2018 offra una lettura accorta del canone dell'interpretazione consolidata, recuperando la linea fondamentale dei *principia* espressi dalla Corte EDU in materia di ragionevole durata del processo e di effettività dei rimedi per poi applicarli a vicenda non espressamente esaminata dallo stesso giudice della Convenzione, senza che ciò impedisca di ritenere il parametro convenzionale non operativo benché non interpretato dal suo giudice naturale con riferimento specifico alla questione esaminata dal giudice nazionale.

8. Il dissidio irrisolto fra *law in books* e *law in action*

Insomma e a mo' di prime conclusioni un affresco, quello qui abbozzato, che collega il tema delle fonti e del loro pluralismo, ormai pienamente espresso dagli artt.2,3,10,11 e 117 della Costituzione, con la necessità che la possibile disomogeneità astratta fra le stesse – che può emergere nella decisione del *caso* – trovi la sua 'cura' nell'interpretazione affidata a chi è chiamato ad affrontare il *caso* come avvocato o a risolverlo, come giudice.

Fonti che la dottrina civilistica, del resto (Lipari) non coglie più come sacrario da venerare intatto, quanto come realtà plastica da verificare volta per volta nell'interpretazione che si proietta nella vita e diventa vita, storia della società nel tempo e nello spazio[16].

Tutto questo induce quasi naturalmente a ricostruire il sistema attraverso un lento, ma ineluttabile passaggio dalla centralità delle fonti alla *centralità dell'interpretazione* (Lipari).

Che poi, a me pare, diventi realmente centralità delle interpretazioni, se si guarda alla naturale vocazione del giudice ad essere all'un tempo chiamato a rileggere i dati normativi in chiave costituzionale, convenzionale (sulla quale qui abbiamo discusso) e del diritto dell'Unione Europea, egli vestendo insieme, fuori da pianificazioni gerarchiche, questi 'tre cappelli' quando maneggia il *caso* posto alla sua attenzione[17].

Un *interpretare*, un *trovare*, un *reperire*[18] (come pure afferma Cass.S.U. n.1946/2017), un *ricercare* (Cass.S.U.n.22784/2012), un individuare il significato della legge attraverso la confluenza della giurisprudenza e le *puntualizzazioni giurisprudenziali* – Corte cost. n.25/2019 – che conducono, dunque, il giudice a trarre linfa dai principi[19], non più visti come ricavabili da norme particolari, ma nella loro dimensione elastica e potenziale, direttamente proveniente dal complesso e variegato sistema che va individuato attraverso operazioni ermeneutiche ben lontane dall'angusto piano dell'art.12 delle preleggi al codice civile[20]. Una visione, quest'ultima che, d'altra parte costituisce la naturale proiezione di quant andava dicendo Piero Calamandrei sessant'anni fa, quando ricordava che l'infinita ricchezza del casellario rappresentato dal sistema delle fonti scritte lascia spesso spazio al vuoto ed alla necessità di aggiungere una casella supplementare da parte del giudice attraverso l'interpretazione senza che ciò integri opera di creazione, essendo piuttosto "ricerca, nella legge generale e astratta, di qualche cosa che c'è già per volontà del legislatore, e che si tratta non di creare *ex novo*, ma di scoprire e riconoscere"[21]

Ad analoghe considerazioni si giunge con riguardo alla valutazione operata n.24 e n.25 della Corte costituzionale.

Dimensione che traghetta il mondo al quale apparteniamo dallo *jus positum* allo *jus in fieri* e rende il processo il luogo elettivo nel quale individuare il principio capace di realizzare ed appagare al meglio i bisogni delle persone che chiedono giustizia, attraverso un'attività che impone al giudice[22] di coniugare la tendenziale universalità dei diritti con la specificità delle situazioni storiche sempre mutevoli[23]. Il tutto attraverso le quotidiane operazioni di bilanciamento fra i diritti[24], che assumono tratti e complessità sempre crescenti[25] e che a, volte, vedono il giudice colmare lacune[26].

Quanto intrise di realismo risultano le espressioni di Lipari quando evoca l'immagine del diritto che va progressivamente spostandosi dal momento potestativo e autoritario a quello applicativo [27], al punto che è il principio interpretativo a determinare la vincolatività del precetto interno al concreto modo di svolgersi dell'esperienza giuridica[28].

Il fenomeno giuridico, o la *situazione normativa*[29], non può, continua Lipari, mai essere definito in una individuata oggettività perché va considerato '...stimolo e insieme esito, padre e ambigualmente figlio dell'attività precettiva e valutativa del soggetto.'

Ora, tutto questo affresco è contrario alla Costituzione? Questo è l'interrogativo al quale i giudici sono chiamati a dare risposta? Lede le garanzie che il cittadino trae dalla stessa Costituzione e, prima fra tutte, quella della soggezione del giudice soltanto alla legge? Mette in crisi lo Stato democratico? Vulnera le fondamenta dello Stato facendo trasmodare il ruolo del giudice in quello del legislatore? Porta il giudice a smantellare le fondamenta contemplate dalla Costituzione?

Rispondere a tali quesiti non è compito di chi scrive, ma dell'ordine giudiziario quando esercita le sue funzioni. Conta dunque poco la consapevolezza personale circa il fatto che per rispondere a tali quesiti sia sufficiente rinviare alla Costituzione ed alla sua apertura verso i diritti fondamentali e le fonti sovranazionali che ad essi si rifanno. Servo davvero, piuttosto, una presa di coscienza di queste tematiche non epidermica, non raffazzonata, non povera di contenuti da parte della magistratura.

9. Il carattere elastico della CEDU ed il ruolo dell'interpretazione da parte dei suoi vari interpreti. Ancora accresciuto il livello di difficoltà sulla strada dell'effettività dei diritti.

Avviciniamoci ora all'interpretazione della CEDU, per scoprire quanto si accresca, anche in questo contesto, il ruolo del giudice.

La Corte dei diritti umani ha riconosciuto come la CEDU sia uno strumento che si presta ad essere interpretato alla luce di trattati internazionali, documenti di organizzazioni internazionali e delle stesse disposizioni di diritto nazionale ed internazionale.

Il punto di partenza dell'indagine è rappresentato dagli artt.31,32 e 33 della Convenzione di Vienna sulla legge dei Trattati 65, secondo i quali è necessario ricercare il significato delle parole utilizzate nel contesto ed alla luce dell'oggetto e dello scopo della disposizione esaminata[30].

Frequente è pure il richiamo al fatto che la Convenzione europea dei diritti umani impone che la stessa sia interpretata ed applicata in modo da salvaguardare e perseguire l'effettività dei diritti ivi tutelati, rifuggendo da prospettive astratte o teoriche.

Non è stata nemmeno sottovalutata la necessità di un'interpretazione sistematica delle varie disposizioni contemplate dalla CEDU[31].

La Corte di Strasburgo ha tenuto a precisare che la CEDU non può essere considerata come l'unico elemento portante rispetto ai diritti fondamentali che pure tutela, dovendosi tenere in considerazione regole e principi del diritto internazionale applicabili ai Paesi contraenti[32]. In questo contesto, la Corte europea ha più volte sottolineato la natura *vivente* della CEDU in ragione della quale l'opera interpretativa va compiuta alla luce delle attuali condizioni sociali, senza peraltro tralasciare l'evoluzione delle norme nazionali ed internazionali.

Anzi, proprio Corte dir. Uomo, 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c.Turchia*[33] contiene un inciso dal quale si comprende bene che il ruolo interpretativo riconosciuto anche alle autorità giudiziarie statali sull'interpretazione della norma convenzionale assume peculiare rilevanza nei giudizi svolti a Strasburgo[34].

Infine, secondo la giurisprudenza di Strasburgo gli obblighi nascenti dalla Convenzione possono essere interpretati alla luce: a) dei principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili – cfr.art. 38 § 1 dello Statuto internazione della Corte di Giustizia –; b) di strumenti resi dalle Istituzioni del Consiglio d'Europa anche se privi di giuridica vincolatività-raccomandazioni e risoluzioni del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea Parlamentare[35]- e ancora di documenti emananti da altri organi del Consiglio d'Europa anche se privi, questi ultimi, di capacità rappresentativa delle parti contraenti- Commissione di Venezia, Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza, Rapporti del Comitato europeo per la prevenzione delle torture e dei trattamenti disumani, punitivi o degradanti-.

Proprio nella sentenza *Saadi c. Regno Unito* – § 63 – la Corte non ha mancato di sottolineare che l'accettazione di certi principi di natura internazionale da parte di numerosi Stati contraenti impone di considerare, nel processo interpretativo della CEDU, gli standard internazionali e nazionali adottati al fine di chiarire lo scopo della CEDU.

In questa stessa prospettiva si è ritenuta rilevante la Carta sociale europea – risultato al quale la nostra Corte costituzionale è giunta solo di recente (Corte cost.nn.120 e 194/2018[36]) e la giurisprudenza resa dall'organo di vigilanza sulla sua applicazione[37] e, addirittura, strumenti internazionali anche se non ratificati dai Paesi aderenti[38].

La Corte di Strasburgo ha quindi riconosciuto particolare rilevanza nel processo interpretativo alla Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza[39] ed alla Convenzione di Oviedo[40].

Orbene, esaurita questa sintetica carrellata sulla giurisprudenza sovranazionale, ci si rende immediatamente conto di come la Corte di Strasburgo abbia a più riprese affermato una visione mobile e vivente della CEDU, alla cui applicazione ed attuazione devono concorrere tutti coloro che sono tenuti a garantire la tutela dei diritti fondamentali, al di fuori di schematismi e formalismi- gerarchici – che non appartengono al DNA di quella giurisdizione.

Il ruolo del giudice nazionale – ed in genere delle autorità nazionali – è avvertito dalla Corte come essenziale proprio alla stregua del meccanismo di sussidiarietà che governa i rapporti fra ordinamento nazionale e CEDU.

Se questa è la prospettiva corretta emerge che anche nella visione della Corte Edu i giudici nazionali siano dotati di un ampio potere nell'ambito dell'interpretazione della Convenzione. Potere -dovere che, si è visto, si arricchisce di nuovi orizzonti, chiamando l'interprete a guardare la CEDU in una prospettiva aperta, viva, non *in vitro*, ma *in vivo*.

10. L'interpretazione convenzionalmente orientata e l'obbligo del giudice di *fedeltà alla Repubblica*.

Il tema qui esaminato del ruolo del giudice rispetto all'interpretazione convenzionalmente orientata e, più in generale, degli ambiti dell'interpretazione delle norme interne e sovranazionali, in relazione alla tutela multilivello disegna questioni nuove, tutt'altro che agevoli da dipanare. E non mancano, nella dottrina, critiche assai aspre all'utilizzo del canone ermeneutico da parte della giurisdizione, secondo alcuni utilizzato per mascherare operazioni di pura creazione del diritto, alle quali, come si diceva all'inizio, lo stesso Ruggeri non ha mancato di fare puntiglioso richiamo nei suoi scritti.

Quel che pare certo è, in ogni caso, che gli scenari sopra tratteggiati pretendono tanto dall'ordine giudiziario, quanto dal potere legislativo, il rispetto dell'obbligo di *fedeltà alla Repubblica* sancito dall'art.54 Cost.

Il riferimento alla fedeltà impone al legislatore ed al giudice un reciproco rispetto dei valori repubblicani consacrati nella Costituzione.

E non par dubbio che solo se i rapporti fra i poteri saranno improntati a correttezza e lealtà, nel senso dell'effettivo rispetto delle attribuzioni a ciascuno spettanti (Corte cost.n.110/98) può essere

possibile superare l'atavico conflitto fra legislatore e potere giudiziario.

Il giudice e il legislatore, in definitiva, hanno l'obbligo di contribuire in modo solidale, nei contesti normativi e fattuali storicamente dati, alla salvaguardia dell'ordinamento nell'identità dei suoi principi fondamentali, vicendevolmente riconoscendosi come attori insostituibili al servizio dei diritti delle persone.

Per altro verso, non sembra nemmeno vero che in assenza dell'intervento del legislatore il giudice si dimostri *infedele* alla Repubblica allorché si mette al servizio delle domande di giustizia poste al suo vaglio, applicando al caso concreto il diritto, per come esso si sedimenta attraverso i principi-cardine della Costituzione e delle Carte dei diritti fondamentali[41].

Quest'obbligo di fedeltà, d'altra parte, non può non considerare la particolarità del ruolo attribuito al giudice comune nel nostro sistema e il processo di progressivo cambiamento dei rapporti del giudice con la legge positiva nazionale.

Tale cambiamento, ben lungi dall'essere frutto di *arbitrio giudiziario*[42] ha, all'evidenza, tratti diversi, ma univoci: a) la disapplicazione – senza mediazione alcuna con la Corte costituzionale – della legge interna contrastante con il diritto eurounitario, anche se esso contrasti a sua volta con la Costituzione (salvo i c.d. contro-limiti); b) l'interpretazione *costituzionalmente, eurounitariamente e convenzionalmente conforme*; c) la possibilità di attivare il sindacato costituzionale, ipotizzando la non manifesta infondatezza del contrasto con la Costituzione o con le norme convenzionali internazionali. Un compendio di attrezzi che contribuiscono a delineare la figura del giudice *disobbediente*[43], ma non ai sacri principi della persona che si sono andati sedimentando nella Carta costituzionale e nella sua vocazione ad aprirsi verso le fonti sovranazionali che si mettono al servizio dei medesimi diritti.

Si potrà certo dire che le oscillazioni cui la giurisprudenza nazionale è soggetta tra i vincoli discendenti dalla cooperazione coi giudici sovranazionali, considerato il dovere di fedeltà ai valori fondamentali del diritto interno possono alimentare contenzioso, incertezza ed imprevedibilità, rimettendo “nelle mani del singolo operatore di giustizia un potere enorme, di opzione tra l'obbedienza alle pronunzie delle Corti sovranazionali e la opposizione ad esse in nome dell'identità costituzionale.[44]”

Il sistema fondato sull'interpretazione favorirebbe così la frantumazione del precedente – anch'esso valore fondamentale del sistema – e farebbe da "anticamera" all'incertezza dei diritti alla quale, tuttavia, la stessa dottrina ha opportunamente affiancato il valore, parimenti essenziale per l'attuale contesto sociale, rappresentato dalla certezza dei diritti[45].

La questione è certo spinosa e crea un apparente disorientamento che si riesce a governare, tuttavia, tenendo come si diceva sul proprio scrittoio i contenuti della Costituzione ed i rimandi che essa stessa fa alle Carte sovranazionali.

Ancora una volta, torna ad essere di ausilio il pensiero di Ruggeri quando egli non solo mette in guardia dall'idea di ricercare una certezza *tout court* nel comando legislativo spesso intrinsecamente incerto, ma soprattutto allorché riconduce la certezza del diritto alla *certezza dei diritti*, senza la quale il primo canone è vuoto, insignificante, inutile.

Allora, rispetto ai possibili *conflitti* – ove questi dovessero porsi fra le fonti o fra le stesse giurisprudenza – quale arma sarebbe da prediligere, quella pugnace e belligerante, quella della ordinazione gerarchica fra i diversi *attori*, quella della scelta ideologica rivolta ad individuare *a priori* chi è nel giusto e chi nel torto, quella che opta per l'ottica nazional-sovrana e guarda a quella sovranazionale come aggressiva e pericolosa, oppure quella che tende a considerare la prospettiva sovranazionale sempre e comunque prevalente, perché portatrice di valori che, in quanto fondati su tradizioni diverse ma comuni meritano una protezione superiore per la loro forza attrattiva?

Nessuna di queste prospettive può e deve prevalere se si conviene sull'utilità di praticare e disseminare l'idea della cooperazione fra le fonti e fra gli interpreti, sul coinvolgimento piuttosto che sullo scontro.

Si tratta di una prospettiva che trae le sue origini dalla Costituzione^[46] e dal *principium cooperationis* che si declina su diversi piani.

Essa, anzitutto, per dirla ancora con Antonio Ruggeri, suggerisce di considerare tutti i giudici come “orizzontali”, siccome distinti tra di loro unicamente per le funzioni esercitate o, se si preferisce, per la tipicità dei ruoli, comunque bisognosi di essere espressi al massimo rendimento possibile ad ogni livello istituzionale, senza dunque alcuna “graduatoria” tra di loro: siano giudici comuni e siano pure giudici costituzionali o materialmente costituzionali, quali ormai in modo sempre più marcato e vistoso vanno conformandosi le stesse Corti europee^[47].

Tanto nel rapporto fra giudice di merito, giudice di legittimità e giudice costituzionale che in quello fra giudice nazionale e sovranazionale, la logica ispiratrice non può che essere quella della leale cooperazione, essa riuscendo a perseguire il miglior risultato possibile per le parti che sono davanti al giudice.

Proprio le sentenze da ultimo ricordate della Corte costituzionale (nn.24 e 25 del 2019) attestano con espressioni terminologiche inequivoche l'attuale contesto storico, nel quale si parla ormai

abituamente di “confluenza della giurisprudenza” delle tre Corti (per descrivere il fenomeno ricordato al punto 8 del considerato in diritto della sent.n.25/2019), di “confronto” fra la Corte di Cassazione e la sentenza *de Tommaso* – p.11 sent.n.25/2019 –, di rilettura del diritto interno aderente alla CEDU – *ibidem* – di attività interpretativa idonea a determinare un grado di precisione sufficiente del precetto non penale.

Nella medesima prospettiva l'ordinanza n.117/2019 della Corte costituzionale non manca di confermare l'esigenza di una leale cooperazione fra le giurisdizioni quando, chiamata a valutare la portata del principio *nemo tenetur se detegere* in ambito “coperto” dal diritto UE (abuso di informazioni riservate), ha mostrato di individuare i contenuti di tale “valore” sotto il profilo della Costituzione, della CEDU e della Carta UE, poi sollevando questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia proprio in relazione allo “spirito di leale cooperazione tra corti nazionali ed europee nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali – obiettivo questo di primaria importanza in materie oggetto di armonizzazione normativa” – cfr. p.10 del cons. in diritto Corte cost.n.117/2019 –.

Insomma, pronunzie, queste ultime, che confermano quanto oggi “il diritto non è fatto, ma viene fatto”[\[48\]](#) dalle Corti attraverso il caso esaminato, l'interpretazione del quadro normativo di riferimento, la motivazione della decisione[\[49\]](#) e la sua argomentazione.

L'interpretazione, dunque, ritorna a campeggiare nel discorso giuridico, con i toni spesso pugnaci con i quali i sostenitori della necessità di un suo contenimento si confrontano con quelli che vedono, invece, in essa il luogo di naturale composizione dei conflitti tra norme.

In questa prospettiva cooperativa, del resto, si muovono i protocolli d'intesa conclusi fra le più alte giurisdizioni nazionali e la Corte Edu a partire dal dicembre 2015[\[50\]](#), ai quali anche il Consiglio Superiore della magistratura ha deciso di affiancarsi in una prospettiva di diffusione dei materiali provenienti dalle Corti all'intera giurisdizione nazionale[\[51\]](#)

In questo processo parimenti *fondamentale* è dunque la cooperazione dei giudici con la dottrina e con l'accademia.

La complessità del sistema conduce inevitabilmente a rendere l'una e gli altri assolutamente interdipendenti, non potendo svolgere nessuno dei due al meglio la propria funzione senza la cooperazione e l'aiuto dell'altro, in ragione della crescente complessità del sistema. Rimane essenziale, infatti, un controllo in chiave di ragione delle decisioni giudiziali da parte della comunità scientifica al fine di verificarne la ragionabilità e accettabilità del ragionamento che ha condotto all'argomentazione della decisione[\[52\]](#).

Per questo occorre insistere sull'idea che il dialogo intergiurisprudenziale sia una risorsa davvero preziosa, da custodire e coltivare con la massima cura. Per dirla ancora con Ruggeri, “*Per il suo tramite, infatti, si possono contenere i margini considerevoli d'incertezza ai quali va per sua natura incontro il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela e far sì che quest'ultimo offra il servizio che è chiamato a prestare nei riguardi dei diritti in genere e, specificamente, della dignità. Il dialogo infatti – come si è tentato di mostrare – alla lunga sollecita naturalmente gli operatori a far convergere, piuttosto che a divergere, i loro orientamenti e, per ciò stesso, a consolidare e rendere palesi quelle consuetudini culturali di riconoscimento dei diritti sulle quali si è qui pure particolarmente insistito*[\[53\]](#).”

Se è nei termini appena esposti il rapporto fra giudice nazionale, Corte edu ed interpretazione/i emerge, imperiosa, l'esigenza di abbandonare le logiche del primato, del più forte, del superiormente ordinato ed invece perseguita, ad ogni livello, un bisogno di *dialogo alla pari*-affermazione quest'ultima, apparentemente tautologica se si considera che per esservi dialogo non potrebbe sussistere una sovraordinazione fra i dialoganti, senza che i partecipanti possano ritenersi sott'ordinati al potere interpretativo dell'uno o dell'altro ma, semmai, entrambi rivolti a cooperare per il raggiungimento di ottimali standard di protezione dei diritti umani o, meglio, per dirla con Antonio Ruggeri, di una massimizzazione delle tutele che costituisce l'autentica *Grundnorm* alla quale sono ispirate tutte le Carte dei diritti fondamentali.

11. Conclusioni.

Al termine di queste riflessioni ci si può legittimamente chiedere quale sia l'immagine che esce del giudice comune che si trova a dovere maneggiare le Carte dei diritti fondamentali e a doverle interpretare.

A me pare un'immagine in pieno movimento, in azione, in tensione, con tutto quello che di complesso ciò possa determinare.

Non può, in definitiva, porsi in alcun dubbio l'efficacia vincolante della CEDU e delle sentenze della Corte di Strasburgo, queste ultime tuttavia dovendosi necessariamente confrontare con le altre giurisdizioni nazionali.

È proprio da questo confronto-scontro che tende ad emergere il fenomeno del consolidamento della giurisprudenza, tanto nazionale che sovranazionale, come ha rilevato Ruggeri nell'intervista a *Giustizia Insieme* già sopra ricordata.

E, pur con le riserve già espresse a proposito della sentenza n.49 del 2015, non può disconoscersi che quello del consolidamento costituisca uno degli obiettivi di fondo al quale tutte le giurisdizioni più o meno consapevolmente tendono.

Resta il fatto che sul *come* possano e debbano entrare nel sistema interno la fonte di cui si è detto e la sua giurisprudenza non esistono formule magiche o matematiche, né è pensabile che siano trovate facendo ricorso all'intelligenza artificiale.

In questa prospettiva, la riflessione di Ruggeri risulta, ancora una volta, di rilievo muovendosi sulla continua ricerca, non in astratto ma in concreto, del limite che i soggetti istituzionali coinvolti devono sapere cogliere per perseguire una prospettiva di massimizzazione delle tutela alimentata, appunto, dal confronto, dalla conoscenza, dalla formazione degli operatori rispetto alle fonti sovranazionali, dalla intelligente e consapevole attenzione al perenne interscambio fra le Corti, capace di determinare, alla fine del confronto, un risultato che (quasi incredibilmente) attribuisce comunque notevole valore all'interpretazione fornita proprio dalle autorità interne che sono “di prossimità” rispetto alle spesso dolorose vicende della vita.

Il futuro, dunque, non è nello scontro, ma nell'incontro delle diversità. Un incontro sempre più qualificato, consapevole, incisivo che proprio nel ricordato *principium cooperationis* non potrà che vedere il suo inizio e la sua fine.

Questo principio consentirà, del resto, di fugare quell'immagine, invero ingenerosa, di una Corte Edu *giudice dei ricchi* che si sostituisce ai giudici nazionali diventando un quarto grado di giudizio, riproposta anche di recente^[54]. Immagine sulla quale non mi sento di concordare ma che, in ogni caso, lascia – e lascerà sempre di più – quando il Protocollo n.16 sarà a pieno regime – prepotentemente il passo ai giudici nazionali che costituiscono l'autentico motore dei diritti fondamentali, ai quali spetta l'onore e l'onere di fare vivere i diritti fondamentali nella loro naturale proiezione nazionale e sovranazionale.

L'orizzonte a medio termine è difficile da immaginare, ancorché paia emergere la tendenza volta al superamento dei concetti di interpretazione costituzionalmente, convenzionalmente e eurounitariamente orientate, in favore di un'idea di autentica e perenne conformazione del sistema ai valori fondamentali che si alimentano incessantemente e continuamente attraverso le diverse fonti – Costituzione, Carte dei diritti – per il tramite di “un'interpretazione orientata al rispetto dei principi fondamentali” compiuta dal giudice che dà così vita al diritto giurisprudenziale. Quest'ultimo ha senz'altro un carattere *sui generis*, andando oltre la legge ordinaria e *camminando insieme*, accanto, tenendosi per mano con la Costituzione, assumendone

dunque i tratti, anche in termini di forza di resistenza, come anche di recente hanno sottolineato Baldo Pastore e Giorgio Pino nell'intervista resa a Giustizia insieme su La retorica dei diritti fondamentali[55].

Un giudice, quello attuale, non più dunque mero lettore di un sistema di norme, ma autentico ingranaggio essenziale di un processo produttivo del diritto[56].

[1] A. Ruggeri, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in Consultaonline, 30 ottobre 2017, 2017, f. 3; id., *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in AA., I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016, Napoli 11-13 maggio 2017, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, Napoli 2018, 241; id., *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in Consulta OnLine, 3/2017, 30 ottobre 2017, 445 ss.

[2] A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *www.federalismi.it*, 17/2013, nonché in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Milano 2015, 167 ss..

[3] B. Forte, *Il nuovo umanesimo significa solidarietà*, *Corriere della sera*, 4 settembre 2019, 28.

[4] A. Ruggeri, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in Consulta OnLine, 2/2018, 3 giugno 2018, 392 ss.

[5] P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche – Volume I – Problemi generali del diritto e del processo*, Roma 2019, 610. Per l'evoluzione del pensiero di Calamandrei sui temi della legalità e del ruolo del giudice v., M. Vogliotti, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, Milano 2013, 393.

[6] A. Ruggeri, *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, XIX, *Studi dell'anno 2015*, 277; id., *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*, ib., 503; *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, 2016, 353. Più di recente, v., id., *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, Relazione all'incontro di studio su *Il sistema integrato delle fonti*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Reggio Calabria, 30 aprile 2010, ed al convegno su *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Verona 24 giugno 2010, a cura di M.

Pedrazza Gorlero, Napoli 2010, 25 ss.; id, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, Relazione all'incontro di studio su L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele, Agrigento 17-18 settembre 2010, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; id., *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, Relazione al Convegno su *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Rovigo 15-16 maggio 2014, a cura di A. Bernardi, Napoli 2015, 153 ss. d., *Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, *Consultaonline*, 1 febbraio 2019, 2019, f.1.

[7] M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008, pp. 203 e 204, aveva sostenuto che il vincolo all'interpretazione del giudice internazionale integra un caso di limitazione della sovranità statale. Analogamente, per L. Condorelli, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 301 ss.

[8] Cfr. G. Tesauro, *Costituzione e norme interne*, in *Dir.un.eur.*, 2009, 2, 219-220.

[9] Oltre ai numerosissimi commenti alla sentenza ricordata nel testo, in calce alla pubblicazione della stessa su *Consultaonline*, v. di recente. A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano 2017, 195.

[10] Sul punto, A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *diritticomparati*, 7 aprile 2015, ha sostenuto che il giudice può e deve far capo alla interpretazione della Corte EDU, anche se non consolidata, sempre che non entri in rotta di collisione con la Cost.; se, di contro, c'è il rischio del conflitto, può discostarsene in caso di mancato "consolidamento".

[11] Cfr. p. 7 cons. diritto: "...Quando, invece, si tratta di operare al di fuori di un simile presupposto, resta fermo che «L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» (sentenza n. 349 del 2007). Ciò non vuol dire, però, che questi ultimi possano ignorare l'interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione."

[12] A. Ruggeri, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consultaonline*, f.1/2019, 25 marzo 2019.

[13] V., volendo sul tema, R. Conti, *La nuova frontiera dopo la “Torreggiani”: tracciati e prospettive per il giudice e il legislatore*, in *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, a cura di F. Fiorentin e D. Galliani, Torino 2019, 599.

[14] Ciò si coglie in altri precedenti della Corte costituzionale, allorché quello stesso giudice ha ritenuto di potersi spingere sul terreno della verifica di convenzionalità di una norma interna anche in assenza di precedenti specifici del giudice europeo – cfr. Corte cost.n.276/2016 che, con riguardo al tema del diritto di elettorato passivo e alla protezione riconosciuta ad esso dalla Convenzione ed in assenza di precedenti specifici della Corte EDU relativi a normative che facciano derivare da condanne penali la perdita dei requisiti di candidabilità e di mantenimento della carica, si è spinta ad individuare in autonomia la linea di tutela offerta a livello convenzionale per valutare la compatibilità con l'art. 117, primo comma, Cost. della normativa oggetto del giudizio –.

[15] V. Manes, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2012; P. Gaeta, *Dell'interpretazione conforme*

alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale, ib., 2012.

[16] N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, 77 e 100.

[17] Estremamente raffinata, di recente, l'analisi sul tema delle interpretazioni conformi di V. Sciarabba, *Spunti di riflessione in tema di “interpretazione conforme”*, in *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Roma, 2019.

[18] Su tale espressione insiste particolarmente P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, 115 e 127, specificamente ricordando Cass. S.U. n.1946/2017. Analoga attenzione riserva a tale pronunzia N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, cit., 93. V. ancora E. Scoditti, *Scoprire o creare il diritto? A proposito di un recente libro*, in www.questionegiustizia.com.

[19] Sul ruolo dell'interpretazione nell'individuazione dei principi v. T. Mazzaresse, *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, in A. Donati, A. Sassi, *Fondamenti etici del processo*. Vol. 1 di Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo, Torino 2009, 439 ss.

[20] Cass.S.U. (pen.), 22 febbraio 2018, n. 8770: “Ritengono le Sezioni Unite che in ciascuna delle due contrastanti sentenze in esame siano espresse molteplici osservazioni condivisibili, in parte anche comuni, ma manchi una sintesi interpretativa complessiva capace di restituire la effettiva portata della norma in considerazione. Sintesi che richiede talune puntualizzazioni sugli

elementi costitutivi della nuova previsione, da individuare attraverso una opportuna attività ermeneutica che tenga conto, da un lato, della lettera della legge e, dall'altro, di circostanze anche non esplicitate ma necessariamente ricomprese in una norma di cui può dirsi certa la *ratio*, anche alla luce del complesso percorso compiuto negli anni dal legislatore sul tema in discussione. Percorso al quale non risultano estranei il contributo della Corte costituzionale nè gli approdi della giurisprudenza di legittimità, di cui, dunque, ci si gioverà. Infatti, val la pena osservare che il canone interpretativo posto dall'art. 12 preleggi, comma 1, prevede la valorizzazione del significato immediato delle parole, di quello derivante dalla loro connessione nonché della "intenzione del legislatore". E da tale disposizione – che va completata con la verifica di compatibilità coi principi generali che regolano la ricostruzione degli elementi costitutivi dei precetti – si evince un solo vincolante divieto per l'interprete, che è quello riguardante l'andare "contro" il significato delle espressioni usate, con una modalità che sconfinerebbe nell'analogia, non consentita nella interpretazione del comando penale. Non gli è invece vietato andare "oltre" la letteralità del testo, quando l'opzione ermeneutica prescelta sia in linea con i canoni sopra indicati, a maggior ragione quando quella, pur a fronte di un testo che lascia aperte più soluzioni, sia l'unica plausibile e perciò compatibile col principio della prevedibilità del comando; sia, cioè, il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere ad un risultato costituzionalmente adeguato, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle sezioni semplici, al "diritto vivente" nella materia in esame. Il tentativo di sperimentare una interpretazione costituzionalmente conforme è, d'altro canto, il passaggio necessario e, se come nella specie concluso con esito positivo, ostativo all'investitura della Corte costituzionale, in contrasto con quanto auspicato dal Procuratore generale. Ed è, quella anticipata, l'elaborazione che le Sezioni Unite intendono rendere, essendo proprio compito, nell'esercizio della funzione nomofilattica, individuare il significato più coerente del dato precettivo, anche scegliendo tra più possibili significati e plasmando la regola di diritto la quale deve mantenere il carattere generale ed astratto. Ciò, in altri termini, senza che sia riconducibile alla attività interpretativa che ci si accinge a compiere un'efficacia sanante di deficit di tassatività della norma, non condividendosi il sospetto che la scelta sulla portata normativa dell'art. 6 sia sospinta dalla esistenza di connotati di incertezza e di imprevedibilità delle conseguenze del precetto, le quali, se ravvisate, avrebbero condotto alla sola possibile soluzione di sollevare, nella sede propria, il dubbio di costituzionalità.”

[21] P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit., 604.

[22] V. Carbone V., *Relazione sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2007*, in www.giustizia.it: ... Il ruolo del Giudice (rispetto al Giudice *Bouche de la loi* dei macrosistemi napoleonici, ma già prima del *Code Louis*) deve essere, oggi, molto più “attivo”, se non “creativo”. Prima di applicare la norma, il Giudice deve “trovarla”, scoprirla (*Rechtsfindung*), scavando nel magma delle disposizioni, fino a rinvenire un dato normativo da adattare, restringendolo o estendendolo, integrandolo o correggendolo, attraverso operazioni ermeneutiche a volte sofisticate. Se neppure questa “ricerca” è sufficiente, il Giudice- che in un sistema di *civil law* non è “creatore” di regole- è costretto a divenirlo, suo malgrado. Spesso, infatti, per risolvere controversie, deve colmare lacune; deve ricavare una regola da un testo, che è (talvolta volutamente) ambiguo; deve applicare, a casi concreti, leggi che contengono solo proclami programmatici; deve far funzionare nella vita reale affermazioni normative adottate (soltanto o principalmente) nel contesto di un dibattito politico o mediatico; deve adattare un tessuto normativo spesso obsoleto, con disposizioni introdotte in un momento temporale contingente, a tempi storici e contesti socio-economici del tutto diversi, stante lo sviluppo inarrestabile del sistema economico-sociale. È la metafora di Achille e la tartaruga, con regole economiche e di mercato e regole giuridiche che con fatica le seguono. Insomma, il Giudice deve trasformare una “disposizione sulla carta” in una norma”, in una regola, in un precetto giuridico comprensibile che avvicini la legge al cittadino. E anche quando una disposizione è rinvenibile, il Giudice “non può arrestarsi a rievocare il senso originario della norma come se si trattasse ...di un fatto del passato... ma deve fare “un passo avanti”. La norma, infatti, lungi dall'esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale, in una con l'ordinamento di cui fa parte integrante ed è destinata...a trasfondersi nella vita sociale alla cui disciplina deve servire (Emilio Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 17 ss, 34 ss.). Così nasce il “diritto vivente”: l'ordinamento giuridico non è qualcosa di bello e fatto, né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale”, ma è qualcosa che ‘*si fa*’ per opera assidua e coerente di interpretazione”. Questo ruolo impone uno sforzo costante per una giurisprudenza “moderna”, al passo con i tempi, anche a costo di ribaltare indirizzi consolidati (e quindi più comodi da seguire) ma ormai obsoleti, per andare incontro alle esigenze dei cittadini, delle imprese, della società, dell'economia, dello sviluppo, interpretando ove possibile in modo nuovo le regole che non sono ancora riuscite a “mettersi al passo”. Ciò può avere ricadute positive di rilievo non solo giuridico: una giurisprudenza moderna e consapevole del suo contributo alla creazione del diritto vivente può costituire un fattore di innovazione, semplificazione e “sviluppo” del sistema. Si delinea una nuova tappa della funzione di garanzia giurisdizionale: in un tempo di regole complesse, essa diventa elemento di “semplificazione” interpretativa della “complicazione” legislativa, fattore di innovazione e “sviluppo” del sistema, garanzia di realizzazione dei diritti di

cittadinanza sociale e di libertà, anche economica, in un sistema multilivello, su cui incidono i processi di globalizzazione.>>

[23] Sullo spostamento dalla teoria delle fonti alla teoria dell'interpretazione v., a più riprese A. Ruggeri, in molti suoi scritti e, fra questi, i più risalenti: *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss.; *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in G.F. Ferrari (a cura di) *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, 219 ss. e in *Ragion prat.*, 18/2002, 63 ss.; *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, in www.forumcostituzionale.it, 2007. V. anche, N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 115 ss. e 205.

[24] A. Ruggeri, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2002, 314. Cfr., dello stesso Autore, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, cit.; idem, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in www.csm.it; *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in www.federalismi.it; idem, *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in www.astrid.online.it; idem, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it. V., ancora, per la civilistica italiana, N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 96; id., N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, 100; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, , 2007, 236 ss; E. Scoditti, *Il diritto tra fonti e interpretazione*, in *Foro it.*, 2013, V, 189; id., *Stefano Rodotà e i giovani civilisti degli anni Sessanta*, in *Questionegiustizia*, 20 settembre 2017. Sia consentito anche il rinvio a R. Conti, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, in *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, a cura di A. Ciancio, Torino 2017, 99.

[25] Cfr. Cass. S.U., 9 dicembre 2015, n.24822, in *Giur. It.*, 2016, 1627, con nota di A. Giordano ; v. Cass., S.U. 21 dicembre 2018 n.33208, in *Giur. It.*, 2019, 1072, con nota di R. Conte; Cass. Sez. un. 12 giugno 2019, n. 15750.

[26] V, a proposito della l.n.219/2017, ad es. R.G.Conti, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l.n 219/2017*, Roma 2019, 83 ss.

[27] N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 21.

[28] N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 22.

[29] A. Ruggeri, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano 1988, 55 ss.; A. Spadaro, *La norma – o piuttosto la situazione normativa – quale oggetto del giudizio costituzionale?*, in *Giur. Cost.*, n. 2, 1996, pp. 778; A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014, 93 ss.

[30] V. Corte dir. uomo, *Golder c. Regno Unito*, 21 febbraio 1975, § 29; *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 Dicembre 1986, §§ 51; *Lithgow e altri c. Regno Unito*, 8 luglio 1986, §§ 114 e 117; *Witold Litwa c. Polonia*, ric. 26629/95, §§ 57-59.

[31] V. Corte giust., *Stec e altri c. Regno Unito* [GC], ric. da n. 65731/01 a n. 65900/01, §§ 47-48.

[32] V. Corte dir. uomo, *Saadi c. Regno Unito*, 29.1.2008 ric.n.13229/03, § 62; sent. *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [GC], ric.n. 45036/98, § 150

[33] V. anche, in tema C. Ciuffetti, *Convergenze nelle giurisprudenze sovranazionali europee nelle tutele dei diritti fondamentali. Considerazioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia delle comunità europee Kadi e al barakaat foundation del 3 settembre 2008 e della sentenza della corte europea dei diritti dell'uomo G.C. Demir e Baykara c. Turchia del 12 novembre 2008*, in www.federalismi.it, 14 gennaio 2009.

[34] V. p.68 sent.ult.cit. :“...which must be interpreted in the light of present-day conditions, and that it has taken account of evolving norms of national and international law in its interpretation of Convention provisions.” Conf. Corte dir. uomo, *V. c. Regno Unito*, [GC], ric. n. [24888/94](#), § 72; Corte dir. uomo, *Matthews c. Regno Unito*, [GC], ric.n. [24833/94](#), § 39.

[35] v. Corte dir. uomo, *Öneryıldız c. Turchia* [GC], ric. n. 48939/99, §§ 59, 71, 90 e 93.

[36] Cfr. A. Barone, *La Corte Costituzionale e la Carta sociale europea (ovvero il giudice comune con tre cappelli e una sciarpa)*, in <https://www.lavorodirittieuropa.it>, 25 luglio 2019.

[37] Corte dir. uomo, *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islanda*, 30 giugno 1993, § 35; Corte edu, *Sørensen e Rasmussen c. Danimarca*[GC], ric.n. 52562/99 e 52620/99, §§ 72-75.

[38] Corte dir. uomo, *Marckx c. Belgio*, 13 Giugno 1979, §§ 20 e 41.

[39] Corte dir. uomo, *Goodwin c. Regno Unito* [GC], ric.n. 28957/95; sent. *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia* [GC], ric. n. 63235/00

[40] Corte dir. uomo, *Glass c. Regno Unito*, ric. n. 61827/00, § 75; Corte dir.uomo, *Demir*, cit., p.85 ss.

[41] Temi già in passato affrontati in altra sede alla quale si rimanda. V., volendo, R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011; id., *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma 2015; id., *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sopranazionali*, in *www.questionegiustizia.com*, *Rivista on line*, 4/2016; id., *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana?*, cit.

[42] Diversamente, L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *www.questionegiustizia.com*, 2017.

[43] V.D. Galliani, V. Militello, G. Silvestri, *Il giudice disobbediente nel terzo millennio*, in *Le interviste di Giustizia Insieme*, a cura di R.G. Conti, 5 giugno 2019, in *Giustiziainsieme.it*.

[44] A. Ruggeri, *Corte EDU e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXIII, *Studi dell'anno 2018*, Torino, 2019,469.

[45] A. Ruggeri, *Sistema di fonti o sistema di norme? Le altalenanti risposte della giurisprudenza costituzionale*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVI, *Studi dell'anno 2012*, Torino 2013, 518: "...Ci si avvede così che nulla può dirsi *a priori* circa il modo con cui una fonte si pone davanti ad altre fonti e viene pertanto a trovare ricetta nel sistema; tutto, piuttosto, può dirsi solo a posteriori, per il modo con cui le norme dalle fonti prodotte si riportano le une alle altre e tutte assieme a "fatti" e valori. La gerarchia, insomma, in ultima istanza si fa e senza sosta rinnova, fissandosi per le esigenze di un'esperienza data, davanti al giudice (e, segnatamente, avuto riguardo alle vicende delle fonti di primo grado, davanti al giudice costituzionale), la certezza del diritto convertendosi ed interamente risolvendosi in certezza dei diritti, vale a dire, a conti fatti, nella effettività della loro tutela, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto."

[46] M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, Fascicolo 1, marzo 2016, 7 ss.

[47] A. Ruggeri, *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*. XVI. *Studi dell'anno 2012*, Torino 2013, 246.

[48] N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Milano 2019, 74.

[49] Sul ruolo centrale della motivazione delle decisioni ritorna, di recente, N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, cit., 66.

[50] Di questo abbiamo discusso in R. Conti, *Il Protocollo di dialogo fra Alte Corti italiane, CSM e Corte edu a confronto con il Protocollo n.16 annesso alla CEDU. Due prospettive forse inscindibili*, in *Questionegiustiziaonline*, 30 gennaio 2019.

[51] V., Delibera della Nona Commissione del CSM del 24.7.2019, concernente l'*Attuazione del Protocollo di collaborazione nell'ambito della Rete tra Corti Supreme e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, con la quale ha stata deliberata la partecipazione di un componente della Nona Commissione al Gruppo di coordinamento fra le Corti nazionali e la Corte Edu in vista dell'inserimento di materiale proveniente dalle Corti nel portale web del CSM.

[52] N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, cit., 73.

[53] A. Ruggeri, *Corte EDU e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXIII, Studi dell'anno 2018, cit., 470.

[54] R. Cantone, in R. Cantone -V. Paglia, *La coscienza e la legge*, Bari-Roma, 2019, 164.

[55] B. Pastore, G. Pino, *La retorica dei diritti fondamentali?*, in *Le interviste di Giustizia Insieme*, a cura di R. G. Conti, in *Giustiziainsieme*, 10 luglio 2019. V., del resto, in precedente, B. Pastore, *Le fonti e la rete. Il principio di legalità rivisitato*, in G. Brunelli-A. Pugiotto- P. Veronesi, a cura di, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, *Delle fonti del diritto*, Napoli 2009, 279.

[56] N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, cit., 98.