

# Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali

di Roberto Giovanni Conti

Il contributo prova a fare il punto sullo stato della giurisprudenza interna in tema di rapporti fra ordinamento interno e Cedu, passando in rassegna alcune pronunzie della Corte di cassazione su temi eticamente sensibili. La prospettiva scelta dall'Autore è volta ad evidenziare gli effetti positivi prodotti dall'innesto dell'impianto convenzionale nell'ordinamento positivo ed è tesa, dichiaratamente, a promuovere un approccio equilibrato ai diritti fondamentali con una lente non offuscata da "precondizionamenti" che impedirebbero di scrutare la ricchezza infinita delle costellazioni dei diritti, indagando con l'ottica giusta sul pluralismo delle fonti e sulle loro sempre più marcate interconnessioni, grazie alle quali si è reso possibile, nell'ordinamento interno, il raggiungimento progressivo di standard di tutela della persona e dei suoi valori inimmaginabili nel passato.

## 1. Costituzione, Carte dei diritti sovranazionali e giudice comune. Tre anelli di un'unica catena

Discutere di protezione multilivello dei diritti fondamentali significa, oggi, affrontare nodi problematici di portata generale quanto al ruolo del giudice nazionale e del legislatore in una particolare contingenza storica che, protraendosi ormai da alcuni lustri, ha progressivamente modificato le coordinate di partenza dei sistemi giudiziari di protezione dei diritti delle persone, per l'un verso immettendo prepotentemente il controllo di legalità del giudice sulle leggi e, per altro verso, innestando nel tessuto normativo interno altre fonti produttive di significativi mutamenti delle coordinate dei diritti stessi.

Come ci è già capitato di sottolineare altre volte<sup>1</sup>, sono diversi gli elementi che occorre brevemente – e qui solo in chiave riassuntiva – tornare a menzionare ai fini della presente indagine, volta a verificare la tenuta di un siste-

ma di protezione giudiziaria dei diritti che vede nel giudice il soggetto attuatore della legge e dei principi fissati dalle Carte dei diritti, nazionali e sovranazionali, aventi natura precettiva: l'interpretazione della Costituzione, il ruolo delle Corti sovranazionali e quello del giudice nazionale. Resta solo da dire che tale analisi non può nemmeno tralasciare l'altro convitato di pietra, il legislatore, esso rappresentando la precondizione affinché gli anelli di cui si è detto possano operare armonicamente ed in modo leale verso la piena realizzazione della coppia assiologica rappresentata da libertà ed eguaglianza che sta alla base della democrazia interna<sup>2</sup>.

Andando con ordine, quanto al tema tradizionale dell'interpretazione della Costituzione e della sua specificità rispetto a quella che può riguardare altri testi normativi, è a tutti chiaro che interpretare un principio costituzionale non equivale esattamente ad interpretare una norma di rango ordinario, proprio perché nel primo caso il diritto per principi «... presuppone un discorso assiologico»<sup>3</sup>.

1. R. G. Conti, *Alla ricerca degli anelli di una catena*, in [www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2015\\_n15-1/01\\_mono\\_06-Conti.pdf](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2015_n15-1/01_mono_06-Conti.pdf).

2. Sul tema v., diffusamente, A. Ruggeri, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. 18. Studi dell'anno 2014*, Torino, 2015, pp. 579 ss.

3. A. Gentili, *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in *Giust.civ.*, 2014, 1, p. 65.

Si assiste, così, ad un meccanismo che attribuisce ai principi una molteplice valenza, essi per l'un verso abbisognando di essere *interpretati*<sup>4</sup>, per poi diventare metro di valutazione delle leggi le quali, a loro volta, devono essere interpretate in modo conforme ai principi senza mai superare il contenuto di quegli stessi principi che rappresentano, dunque, il limite dell'interpretazione giudiziale<sup>5</sup>. Principi che possono, infine, assumere anche il tratto di fattore immediato sul quale incentrare le tutele, in assenza della legge, ancorché l'idea del costituzionalismo "principalista" trovi in Luigi Ferrajoli un autorevolissimo antagonista<sup>6</sup>. Certo, i principi costituzionali sono generalmente e quasi naturalmente destinati ad operare attraverso l'attuazione che di essi fa il legislatore. Ma in ragione del loro carattere precettivo non può escludersi a priori – anzi, l'esperienza concreta insegna che ciò accade di frequente – che questa *attuazione*<sup>7</sup>, in caso di inerzia del legislatore, sia operata dal giudice, al quale non può dirsi competa unicamente il ruolo di applicazione del diritto<sup>8</sup>, connotandosi l'attività del giudice in tali casi come propriamente "normativa", pur se con effetti circoscritti al caso, siccome produttiva di regole legislativamente mancanti<sup>9</sup>. E di questo non ci si può né ci si deve scandalizzare se si considera, per l'un verso, che ciò accade per effetto dell'esercizio di un diritto costituzionalmente riconosciuto alle persone – quello di agire in giudizio e di ottenere una tutela processuale alla situazione giuridica prospettata – e, per altro verso, che non può impedirsi l'espansione di un diritto riconosciuto dalla Costituzione per effetto dell'inerzia del legislatore.

Il tema, peraltro, è reso ancor più scivoloso per effetto della "concorrenza" proveniente da altre Carte che hanno a cuore la tutela dei diritti fondamentali e che, dunque, aggiungono materiale, anch'esso de-

stinato ad operazioni di interpretazione e di bilanciamenti, capace di condizionare – *in melius o in peius*, a seconda della prospettiva prescelta – la portata della tutela costituzionale.

Si arriva, così, al tema dell'efficacia delle sentenze delle Corti sovranazionali che alle Carte dei diritti aggiungono, con frequenza ormai incessante dinamicità, attualità, carattere *vivo*.

Ora, le tematiche che si accostano al piano dell'interpretazione delle Carte dei diritti solo in apparenza doppiano quelle relative al contenuto delle Carte e al loro rango, invece assai differenziandosi per il fatto che esse guardano: a) alle tecniche decisorie delle Corti ed alla tendenza, sempre più marcata, alla *universalizzazione* dei principi espressi<sup>10</sup>; b) al particolare atteggiarsi di talune decisioni delle Corti europee, destinate talvolta a precedere la soluzione del giudice nazionale – Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale – e talaltra, invece, a seguire l'esaurimento dei rimedi interni – Corte europea dei diritti dell'uomo – ovvero a porsi come strumento dotato di mera efficacia consultiva in favore delle Alte giurisdizioni nazionali – in prospettiva *de jure condendo*, parere preventivo introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu, ancora non ratificato; c) ai rapporti che si creano rispetto ad eventuali giudicati interni contrastanti con le decisioni dei giudici sovranazionali; d) al reale significato e alla portata delle decisioni delle Corti sovranazionali ed al valore dei *principia* ivi espressi rispetto a casi simili o analoghi.

Si affacciano, infatti, dietro l'angolo, i pericoli: a) del mancato rilevamento – magari in buona fede – di alcune decisioni rilevanti rese in materia; b) del travisamento o anche solo della non corretta estrapolazione, da un caso deciso dalle Corti sovranazionali, di un principio<sup>11</sup>.

4. Sul punto, tra gli altri, v. T. Mazzarese, *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, in A. Donati, A. Sassi (eds.), *Fondamenti etici del processo. Vol. 1 di Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, pp. 439 ss.

5. V., sul punto, R.G. Conti, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, pp. 196 ss.

6. L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3, p. 2771.

7. Sul punto v. A. Ruggeri, *Effetti diretti delle norme eurolunitarie e Costituzione*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti: XIX. Studi dell'anno 2015*, Torino, 2016, pp. 237 ss.

8. Invece, sul punto, M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012.

9. A. Ruggeri, in molti scritti e, tra questi, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, in *Itinerari, Studi dell'anno 2015*, cit., p. 484, nota 20.

10. Il pensiero corre agevolmente alla figura delle cd. sentenze pilota della Corte europea dei diritti dell'uomo.

11. In questa direzione non si manca di sottolineare la peculiarità della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, al cui interno la dimensione casistica di base si affida un sistema di precedenti, sui quali vanno stratificandosi i principi utilizzati e applicati dalla Corte al caso concreto.

In sostanza, ci si continua ad interrogare su quali siano gli effetti giuridici determinati dall'*intrusione*, nel processo decisionale riservato al giudice nazionale, di una pronuncia di una Corte sovranazionale che utilizza parametri normativi generalmente omogenei a quelli interni, ma contenutisticamente non sempre ai medesimi sovrapponibili e che può, a volte, inserirsi all'interno di una controversia senza che le parti ne abbiano chiesto l'intervento, ma per il solo fatto di avere affermato, magari anche in altri contesti rispetto a quello del singolo caso processuale, un principio *universale* proprio perché orientato a proiettarsi *ultra vires*.

Il problema si sposta – o, meglio, ritorna in modo circolare – sul versante dell'interpretazione del giudice – comune e non –, domandandosi se nell'interpretare le decisioni delle Corti dei diritti nazionali o sovranazionali esista un metro ordinante di stampo gerarchico formale – al pari di quello fissato dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale di fine 2007 quanto alle fonti – ovvero se a tale parametro debba sostituirsi altro meccanismo, anch'esso alimentato da una prospettiva assiologica, alla base del quale, pertanto, non si pone un problema di *primato* fra l'interpretazione costituzionale, quella convenzionale o quella eurounitaria, ma semmai una questione di maggiore e più intensa tutela che può derivare dall'interpretazione di una delle Carte, qualunque essa sia.

Questo scivolamento sulla via dell'ermeneutica e dei rapporti tra le interpretazioni orienta così l'indagine, quasi naturalmente, verso il ruolo del giudice nazionale, per l'un verso tutto a contatto con i fatti che, nella loro innata diversità e nella loro *carzialità* – per usare un'espressione cara a Paolo Grossi<sup>12</sup> – vengono portati al suo cospetto – senza che alla base vi sia un suo atto volitivo – e, per l'altro, chiamato a maneggiare – in tesi, con competenza e professionalità – Costituzioni, Carte sovranazionali, pronunzie delle Corti (nazionali e non), fonti, giuridiche e non – *soft law* –.

Ci è così già capitato di rilevare come sia proprio la complessità prodotta da questo spesso amorfo materiale a generare l'idea stessa di un giudice sempre più Re, sempre più Salomone, sempre più arbitro di contese sulle quali l'altro invitato di pietra, il legislatore, non ha *potuto* o non ha *voluto* o non ha *saputo* scolpire, in anticipo rispetto ai fatti, regole con valore precettivo destinate ad operare per i casi futuri.

Il contatto del giudice con principi elastici, clausole generali, vuoti normativi evoca scenari che si prestano, quasi ineluttabilmente, a giudizi di valore

radicali sul ruolo del *giudiziaro*.

A volte si tende ad enfatizzare il carattere sostanzialmente “libero” dell'agire di un giudice sempre più protagonista, sempre più artista, sempre più legislatore, fino al punto di intravedere in questo agire senza regole seri e crescenti pericoli per lo stesso ordine democratico, delineando il passaggio da uno “Stato legislativo” ad uno “Stato giurisdizionale”. Altre, si sottolinea l'ineludibilità della figura giudiziaria nell'attuale contesto storico perché essa stessa capace di – *recte*, tenuta a – offrire alle multiformi varietà che i casi della vita producono la regola concreta rispetto alla invocata tutela dei diritti positivizzati nelle Carte dei diritti in termini generali e che non sempre il legislatore intende, per inerzia o per scelta, assecondare o potrebbe *ex ante* ritagliare in termini tanto esatti rispetto alla dimensione fattuale delle vicende. Un giudice che, in quest'ultima prospettiva, proprio perché “coraggioso”, non si dovrebbe fare intimidire dalle difficoltà che si ergono sulla strada delle tutele, sempre orientandosi a garantire risposte efficaci e precise ai diritti invocati.

Così posti sul tappeto i nodi problematici, occorre qui orientare la riflessione sul ruolo giocato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema di protezione dei diritti interno, anche al fine di verificare se proprio la Cedu e il suo modo di operare abbiano contribuito a snaturare il ruolo del giudice per come sopra si è accennato.

Nelle pagine seguenti si tenterà dapprima di riassumere le coordinate sulle quali si fonda il rapporto fra ordinamento interno e Cedu, ivi cogliendo alcune persistenti contraddizioni e incertezze che ancora affliggono il ruolo del giudice comune, poi accostandosi ad un'analisi casistica sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione tesa a verificare la linearità e correttezza costituzionale o meno del suo agire in materie tanto delicate quanto nodali per un corpo sociale.

## 2. Bilancio di un'esperienza ancora troppo breve e in progress

Riflettere, ancora una volta, sulle due sentenze – nn. 348 e 349 del 2007 – della Corte costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo risulta indispensabile e, al contempo, fecondo per chi voglia farsi carico di esaminare i rapporti fra giudice e legge per come essi si vanno delineando ai nostri giorni<sup>13</sup>.

12. Cfr. P. Grossi, Post-fazione a F. Macario - M. Lobocono, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, p. 413.

13. Per un'analisi complessiva del fenomeno e della dottrina solo a fini riassuntivi ci sia consentito il rinvio a R.G. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011. Più di recente A. Di Stasi, *I rapporti fra l'ordinamento e il sistema conven-*

Il merito principale delle due sentenze appena ricordate è sicuramente quello di avere acceso i riflettori su un documento – la Cedu appunto – lasciato per troppo tempo in un cono d'ombra dal quale stentava a proiettare tutte le sue straordinarie potenzialità in tema di protezione dei diritti fondamentali.

Non che fossero mancati, prima di allora, i tentativi di valorizzare la Convenzione dei diritti dell'uomo all'interno delle fonti del diritto. Ma si era trattato di risposte sì autorevoli – per ricordare le più significative, Corte cost. n. 388/1999<sup>14</sup>, Corte cost. n. 10/1993<sup>15</sup>, Cass., sez. un., 23 novembre 1988, Polo Castro, Cass., sez. I, 12 maggio 1993, Medrano, Cass. sez. un. nn. 1348-1341/2004; Cass. sez. un. n. 28507/2005 – ma pur sempre episodiche, poco desiderose di sistematizzare un tema avvertito dalla stragrande maggioranza dei giuristi nazionali come assai insidioso, perché potenzialmente capace di minare le fondamenta dello Stato di diritto e, con esse, delle sue istituzioni apicali.

Come che sia, l'inquadramento stabile della Cedu fra le fonti del diritto va ascritto a merito delle sentenze gemelle del 2007 e può indicarsi come dato ormai acquisito.

Quanto al suo rango, le sentenze gemelle collocano la Cedu, resa esecutiva con legge dello Stato, su un gradino immediatamente sottostante a quello sul quale si erge la Costituzione, pur confezionando una corsia interna tra i due scalini che consente alle due Carte, attraverso il parametro rappresentato dal rinnovato art.117 1° comma Cost.- ovvero dall'art. 10, 1° comma, Cost., qualora la norma convenzionale presentasse un contenuto meramente ricognitivo di una norma del diritto internazionale generale) di fare tra loro sistema. Questa posizione *sui generis* pone quindi la Cedu a diretto contatto con la Carta fondamentale, consentendo alla fonte a quest'ultima sottordinata di irradiare comunque la sua efficacia sulla legge ordinaria su un duplice piano. Il primo, essenzialmente orientato a garantire una continua armonizzazione del diritto interno con la Convenzione, realizzata attraverso l'opera interpretativa del giudice

– soprattutto comune – ed il secondo rivolto, in caso di insanabile contrasto fra norma interna e Cedu non superabile in via interpretativa, ad espungere dall'ordinamento il diritto positivo nazionale non conforme alla norma Cedu – purché quest'ultima non risulti in conflitto «con altre norme conferenti della nostra Costituzione»<sup>16</sup> – per mezzo del meccanismo – accentrato – dell'incidente di costituzionalità.

Tante volte, per lo più in occasioni informali, si è provato a delineare i possibili scenari della camera di consiglio che precedette le sentenze gemelle.

Fra questi, uno dei più accattivanti – ed ancora utile da prospettare – è quello che ha ricostruito la trama delle sentenze gemelle attorno ad un'idea di base, apertamente orientata a nettamente diversificare il ruolo della Cedu da quello dell'ordinamento Ue. Escludere che la Cedu godesse di una cornice ordinamentale idonea a giustificarne l'operatività sulla stessa base del meccanismo della non applicazione della norma interna contrastante con il diritto eurounitario ad opera del giudice comune consentiva, infatti, non solo di salvaguardare la centralità della Corte costituzionale – anche rispetto al ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo – ma anche la tenuta stessa della Costituzione nel suo insieme, potendo la norma convenzionale operare solo se conforme a Costituzione. Ciò consentiva di anestetizzare i dubbi, più o meno mascherati, ma presenti anche per la diversa estrazione dei giudici che compongono l'ordinamento giudiziario interno, sul fatto che il giudice comune fosse davvero attrezzato per svolgere un controllo di legalità della norma interna rispetto alla Cedu estremamente delicato proprio in ragione della frequente coincidenza fra i contenuti dei diritti convenzionali e quelli di matrice costituzionale.

Ad ogni modo, ci si è ben presto accorti che il piano teorico ricostruttivo ricamato nelle sentenze gemelle del 2007 non poteva che misurarsi con l'impatto concreto che esso avrebbe avuto sull'operato dei giudici nazionali, ai quali si attribuiva un "obbligo" di interpretazione convenzionalmente orientata

zionale, in *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010- 2015)*, a cura di A. Di Stasi, Padova, 2016, pp. 73 ss., V. Zagrebelsky - R. Chenal - L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, pp. 55 ss.

14. Corte cost. 22 ottobre 1999 n.388, in *Giur.cost.*, 1999, 2997 con note di C. Pinelli, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, e di L. Montanari, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*. In tale ultima occasione, pur dichiarandosi che «spetta al legislatore dare a essa [Cedu, ndr] attuazione», si affermava appunto che le norme della Convenzione hanno un ruolo significativo nel processo decisionale della Corte costituzionale tanto da richiedere un certo coordinamento, fino al punto di ritenere che i diritti umani contemplati dalla Costituzione e dalla Cedu, «al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione».

15. Corte cost., 10 gennaio 1993, n. 10, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1374. In dottrina, cfr., inoltre, V. Zagrebelsky, *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, pp. 353 ss.

16. Ipotesi, quest'ultima, che avrebbe potuto condurre a disporre l'annullamento *in parte qua* della legge di esecuzione della Cedu.



alimentato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, al cui rispetto il giudice interno era "vincolato".

Ora, rinviando agli approfondimenti dottrinari sul tema della vincolatività delle sentenze della Corte Edu<sup>17</sup>, è proprio da questo punto che si è andata delineando, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, una "fase due", che ha consentito, da un lato, una migliore delimitazione del campo d'applicazione della Cedu<sup>18</sup> e, per altro verso una riduzione dell'ampiezza della porta aperta sulla Cedu – e sul suo diritto vivente- con le sentenze gemelle del 2007.

Partendo dal primo aspetto, le sentenze nn. 311 e 317 del 2009, pur ribadendo il cuore delle decisioni del 2007<sup>19</sup>, hanno particolarmente valorizzato il ruolo della Cedu nella protezione dei diritti fondamentali sottolineando, peraltro, il senso di tale protezione, certamente inidonea ad elidere segmenti di tutela aggiuntivi eventualmente previsti nell'ordinamento interno – a livello costituzionale – ma semmai proiettata, quasi fisiologicamente, ad aumentare il raggio d'azione di siffatti diritti.

La Corte costituzionale, in definitiva, prende coscienza del fatto che in un sistema multilivello i gradi di tutela dei diritti possono essere diversi, ma punta i piedi sul fatto che la compresenza di fonti (e giudici) nazionali e sovranazionali va orientata verso la protezione maggiore di quegli stessi principi.

Ciò fa richiamando, tanto nella sentenza n. 311 - p.6: «...La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tute-

la della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma Cedu, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53» – che nella sentenza n. 317 - p.7: «...Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni Cedu non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali» – l'art. 53 della Cedu. È per questo che «il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma Cedu sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali»<sup>20</sup>.

Al canone della massimizzazione delle tutele si affianca, peraltro, l'attenzione della Corte costituzionale al concetto di "margine di apprezzamento", individuato come "limite" all'operatività della norma Cedu. Ne consegue che le due decisioni del novembre 2009 della Corte costituzionale, pur orientandosi, secondo il meccanismo del livello più elevato di tutela, verso la ricerca di soluzioni favorevoli al riconoscimento di un'estensione anche (più) accentuata della tutela dei diritti fondamentali rispetto alle decisioni del 2007 ed a prescindere dalla fonte ove gli stessi trovano riconoscimento, intendono in modo non meno netto ribadire una "riserva" in favore delle istituzioni statali – fra le quali accanto al legislatore si individuano, appunto, il giudice costituzionale ma anche il giudice comune – che si pone, in definitiva, come limitato argine alla piena prevalenza delle norme Cedu nel sistema nazionale.

17.E. Lamarque, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, a cura di L. Cappuccio e E. Lamarque, Napoli, 2013, pp. 260 ss. e pp. 290 ss.

18. Si pensi a Corte cost. n. 234/2009, allorché si è affermato che in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della Cedu, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa. Infatti «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme» e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire la Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma Cost. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, la Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge. V. volendo, anche Conti, *La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della Cedu nell'ordinamento interno*, in *Corr.giur.*, 2011, 9, pp. 1242 ss.

19. Le sentenze nn. 311, 317 del 2009 e 93 del 2010 hanno ribadito l'impossibilità di estendere il meccanismo della disapplicazione proprio del diritto dell'Unione all'ipotesi di norma interna contrastante con la Cedu. Ed anche Corte cost. n. 306/2008 non si era lasciata sfuggire l'occasione per affermare che la diretta applicazione delle disposizioni Cedu in quanto tali è da escludere.

20. A. Ruggeri, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, overosia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 19: «... Occorre, infatti, ricercare, nelle singole esperienze giuridicamente rilevanti (specie in quelle processuali), il raggiungimento del punto di sintesi ottimale tra i valori in campo, laddove cioè i beni della vita possano essere appagati al meglio, alle condizioni oggettive di contesto. Il che vale come dire che le norme aventi origine esterna che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali possono farsi valere in ambito interno unicamente alla condizione che si dimostrino in grado d'innalzare il livello della tutela rispetto a quello conseguibile nello stesso ambito a mezzo delle norme in esso prodotte (così, espressamente, l'art. 53 sia della Cedu che della Carta di Nizza-Strasburgo)...».

Per quel che invece riguarda il secondo aspetto, una riduzione dell'angolo di apertura si è dapprima realizzata, in forma *soft*, attraverso la precisazione, espressa dalla sentenza della Corte costituzionale n. 311/2009, che il vincolo alla giurisprudenza della Corte Edu andava calibrato in modo da salvaguardare il rispetto della "sostanza" della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Conclusioni, in effetti, queste persuasive<sup>21</sup>, poi seguite dall'idea che la Cedu non poteva trovare applicazione quando essa si poneva in contrasto con un superiore interesse di matrice costituzionale – Corte cost. n. 264/2012 –<sup>22</sup>.

Ma è stato l'ulteriore passaggio rappresentato dalla sentenza n. 49/2015 a scompaginare un assetto sul quale il giudice comune era sembrato essersi "ben" acquietato<sup>23</sup>.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 49/2015, ha infatti ulteriormente ristretto l'angolo di apertura alla Cedu al quale si faceva sopra cenno, ribadendo con forza ed anzi estremizzando la costruzione gerarchica sulla quale sono posti, l'una sopra all'altra, la Costituzione e la Cedu.

Il *restayling* delle fondamenta dell'edificio "diritto interno-Cedu" viene realizzato con robuste iniezioni di Costituzione, rispetto alle quali la giurisprudenza della Corte Edu "non consolidata" non è in grado di incidere in alcun modo, essendo anzi essa stessa obbligata a ritrarsi e, in definitiva, ad essere "disapplicata" dal giudice quando essa contrasta con la Costituzione.

Pertanto, laddove si verifichi un'ipotesi in cui la norma ordinaria interna non consente la tutela più intensa garantita però, in modo aspecifico, in qualche precedente della giurisprudenza della Corte Edu, la sentenza n. 49/2015 è tassativa: «... Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte Edu per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto».

La Corte costituzionale chiarisce quindi che la gerarchia fra Cedu e Costituzione ed il "carattere sub-costituzionale" della prima si irradiano anche all'ambito delle operazioni interpretative che il giudice – comune e non – deve compiere allorché si ponga un problema di "conflitto" fra Cedu e Costituzione – ed i rispettivi diritti viventi –.

Quando il giudice comune si interroga sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, «... questo solo dubbio, in assenza di un "diritto consolidato", è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della Cedu, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale».

Solo il diritto consolidato della Cedu potrà quindi aprire le porte al sindacato di costituzionalità. Anzi, se il diritto convenzionale non è consolidato, il giudice comune è chiamato ad un'opera di re-interpretazione del precedente isolato in chiave costituzionale.

La gerarchia tra le interpretazioni – costituzionale, convenzionale ed eurolunitaria – è tale da determinare l'abbandono dell'interpretazione della giurisprudenza interna conforme a Cedu (non consolidata) – ma costituzionalmente illegittima – favorendo, per converso, l'affermazione dell'interpretazione della norma interna sulla base della Costituzione. In tutte le vicende caratterizzate da basi non solide della giurisprudenza della Corte Edu, quindi, la Corte costituzionale non può essere investita di alcun sindacato in via incidentale, dovendo la partita giocarsi tutta sul versante del giudice comune.

Secondo la sentenza n. 49/2015 i giudici comuni non sono, dunque, tenuti ad interpretare la legge interna in modo convenzionalmente orientato se la giurisprudenza della Corte europea non si è consolidata in una certa direzione. In queste circostanze, l'eventuale dubbio di compatibilità della norma convenzionale, arricchita da una giurisprudenza non consolidata, con la Costituzione, renderebbe immediatamente inoperante la prima.

21. R.G. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, pp. 202 ss.

22. Sulla complessità di tale formula allorché essa viene utilizzata per depotenziare un diritto fondamentale v., di recente, R. Rordorf, *Diritti fondamentali, leggi interpretative e leggi retroattive nel dialogo tra corti supreme europee*, pag.18 ss. del *paper*, di imminente pubblicazione su *Foro it.*

23. I. Carlotto, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); id., *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona. Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?* (a cura di E. Lamarque e L. Cappuccio), Napoli, 2013, p. 225 e L. Montanari, *Il sistema integrato delle fonti: analisi e prospettive in relazione all'ordinamento italiano dopo l'intervento della Corte costituzionale con le sentenze 348 e 349 del 2007*, Relazione all'incontro di studi su *Il sistema integrato delle fonti e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Roma 23-25 settembre 2009; E. Lamarque - F. Viganò *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

### 3. La possibile lettura *patriottica* di Corte cost. n. 49/2015

La sentenza n. 49/2015 è stata assai criticata in dottrina<sup>24</sup>, ma ben accolta nella giurisprudenza della Corte di Cassazione – v., rispettivamente, Cass. sez. un. civili, 6 maggio 2016 n. 9142; Cass. sez. un. penali, n. 27620 del 2016, ud. 28.4.2016, dep. 6.7.2016 – e, in definitiva, da molti vista con dichiarato favore.

Occorre, peraltro, mettere subito in chiaro che la presa di posizione delle Sezioni unite è stata di condivisione dell'impianto della sentenza appena ricordata senza necessità alcuna di applicarne le coordinate, non avendo la Cassazione affrontato in tali pronunzie vicende in cui era in discussione una giurisprudenza "non consolidata" della Corte Edu.

Detto questo, il *favor* con il quale è stata salutata la sentenza n. 49/2015 sembra nascere dal fatto che, per il suo tramite, sarebbe finalmente possibile porre un argine rispetto alla prepotente ingerenza subita dal diritto che sta fuori dai confini nazionali. La formula qui usata, pur volutamente enfaticizzata, non sembra tanto lontana dal vero, se si guarda ad un serpeggiante sentimento nazionalista che, pur con diverse sfaccettature ed accenti, va progressivamente emergendo proprio all'interno di quei Paesi che, pur avendo dato vita all'attuale Unione europea, sentono emergere inquietanti spinte centripete.

In questa prospettiva, la Corte costituzionale avrebbe servito su un piatto d'argento argomenti finalmente capaci di depotenziare il ruolo, spesso fastidioso e urticante, della giurisprudenza di Strasburgo, soprattutto quando essa travolge soluzioni ed indirizzi pienamente rispondenti ad un sentimento diffuso nella collettività, mettendo addirittura a repentaglio, magari sulla base di pronunzie adottate in altri contesti statuali, la sovranità nazionale<sup>25</sup> e gli interessi generali determinati sulla base di scelte legittimamente esercitate dal legislatore interno.

Viene infatti per la prima volta richiamato l'art.101, secondo comma, Cost. e la soggezione soltanto alla legge del giudice<sup>26</sup>.

È errato, secondo Corte cost. n. 49/2015, ritenere che la Cedu abbia reso gli operatori giuridici nazionali – e in primo luogo i giudici comuni – passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato.

La Corte costituzionale sembra volere così delineare la figura del buon giudice *nazionalcomune*.

Un giudice che non deve essere *automa*, obbligato ad applicare la Cedu. Un giudice che non deve essere afflitto, coatto, intellettualmente "servo" della Cedu e dei *dicta* della Corte Edu. E in definitiva, un giudice che non deve essere sciocco, né prodigo verso le derive e le sirene provenienti da oltre confine, né poco avvertito rispetto ai sacri (questi sì) principi costituzio-

24. A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2 aprile 2015; F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49*, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e prosocioglimento per prescrizione, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 marzo 2015; ib., M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente nonché*, pure ivi, in V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, 13 aprile 2015; P. Mori, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la Cedu*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 15 aprile 2015; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 30 aprile 2015; R. Randazzo, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le "sentenze gemelle" (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, 2015, n. 3, p. 617; N. Colacino, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Ordine intern. dir. umani*, 15 luglio 2015, n.3, p. 555; D. Russo, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, in [www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-note-e-commenti/note-e-commenti-n-2-2015/820-osf-2-2015-russo](http://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-note-e-commenti/note-e-commenti-n-2-2015/820-osf-2-2015-russo).

25. Del resto, in dottrina, 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 propugnato dalle sentenze gemelle del 2007 integra un caso di limitazione della sovranità statale. Analogamente, 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, pp. 301 ss.

26. A. D'Atena, *Conclusioni. Interpretazioni adeguate, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, intervento svolto al seminario tenuto il 6 novembre 2009 presso il Palazzo della Consulta sul tema *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008, 203; A. Bonomi, *Brevi note sul rapporto fra l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'art. 101, c. 2 Cost. (... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.)*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it); M. Bignami, *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); Ferrua, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo di monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e Giustizia*, 2011, pp. 121 ss.

nali di matrice interna, né poco attento alla tradizione giuridica e culturale domestica, né infine, antipatriottico al punto di porre, con estrema leggerezza, sullo stesso piano della Costituzione un semplice *trattato* internazionale, ratificato con una legge ordinaria e ontologicamente sub-costituzionale.

Ecco, dunque, spiegato, secondo la sentenza n. 49/2015, perché il buon giudice non potrà ritenersi obbligato a compiere veruna interpretazione convenzionalmente conforme in assenza di una giurisprudenza convenzionale consolidata. Solo orientandosi lungo il tracciato descritto da Corte cost. n. 49/2015 il giudice potrà dirsi realmente all'altezza dei suoi compiti. Ove, per converso, il giudice comune dovesse *forzare* tale cornice, attivando un sindacato di convenzionalità all'interno di un processo ermeneutico che lo conduca, magari per la prima volta, ad applicare la Cedu, egli diventerebbe complice di un grave attentato alla Costituzione, ponendosi fuori dal perimetro costituzionale e dimostrandosi, in definitiva, infedele alla Carta dei diritti fondamentali.

### 3.1 Una lettura *incostituzionale* della sentenza n. 49/2015

Alle critiche già espresse in altra precedente occasione all'impianto della sentenza n. 49/2015<sup>27</sup> è necessario qui aggiungere qualche considerazione specifica proprio al fine di fugare i dubbi, talvolta non peregrini, che attanagliano lo studioso allorché questi viene chiamato a verificare l'approccio scelto dal giudice comune quando si accosta alla Cedu.

Deve, per l'un verso, sommessamente dubitarsi dell'idea che l'assenza di una giurisprudenza consolidata della Corte Edu renda il giudice una sorta di burattino nelle mani della Corte di Strasburgo.

A ben considerare, infatti, i vincoli fissati dalla Corte costituzionale all'operato del giudice comune non sembrano coerenti con le stesse premesse che la

stessa sentenza n. 49/2015 pone a base del suo ragionamento. È proprio la garanzia di cui all'art. 101 Cost. ad impedire alla Corte costituzionale di predeterminare il percorso argomentativo del giudice comune, egli appunto rimanendo soggetto soltanto alla legge.

Il giudice, in effetti, come ci è capitato di ricordare in altra occasione<sup>28</sup>, è e rimane soggetto alla legge «... secondo la lapidaria, particolarmente espressiva, formula della nostra Carta costituzionale [art. 101, n.d.r.], nondimeno bisognosa di essere riletta in considerazione del presente contesto nel quale la legge non è ormai più la fonte delle fonti né ... tale è, invero, la stessa Costituzione, con la quale fanno "sistema" le Carte dei diritti e le altre fonti di origine esterna che, in modo sempre più consistente ed incisivo, si immettono in ambito interno ed ivi spiegano i loro effetti al servizio dei più pressanti bisogni dell'uomo»<sup>29</sup>.

Per altro verso, il modello di giudice confezionato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015 sembra mettere da parte gli aspetti relativi alla più intensa tutela, sui quali le *seconde* sentenze gemelle (nn. 311 e 317 del 2009) non avevano mancato di insistere, in ciò seguite espressamente da Corte cost. n. 191/2014 e – indirettamente – da Corte cost. n. 223/2014<sup>30</sup>.

La massimizzazione delle tutele<sup>31</sup> – ancorché spesso soltanto teorica rispetto a *deficit* di protezione che pure si avvertono scorrendo alcuni *dicta* delle Corti, internazionali e non – costituisce un dato caratterizzante delle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali – art. 53 Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, art. 53 Cedu –. Assecondare la svolta di Corte cost. n. 49/2015 potrebbe dunque mettere in crisi tale prospettiva quando il tasso di maggiore protezione di un diritto venga offerto dalla giurisprudenza convenzionale non consolidata.

La ricostruzione che anestetizza il ruolo della giurisprudenza non consolidata della Corte Edu, oltre a non trovare alcuna conferma nella Cedu<sup>32</sup>, traslascia di

27. R.G. Conti, *La Cedu assediata? (Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 1/2015, 10 aprile 2015, pp. 181 ss.

28. R.G. Conti, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2<sup>a</sup> ed., 2015, p. 100.

29. A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, Comunicazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013 nonché l'interessante contributo di D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, Napoli, 2008, spec. pp. 71 ss.

30. A. Ruggeri, *Una opportuna precisazione, a parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti ...) tra norme di diritto interno e norme della Cedu*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XVIII, Studi dell'anno 2014, Torino, 2015, pp. 369 ss.

31. Sul tema v. M. D'Amico, *Il rilievo della Cedu nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza costituzionale*, in L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino 2015, pp. 55 ss.; id, e *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. Pin (a cura di), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, pp. 17 ss.;

32. V. Zagrebelsky-R. Chenal-L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 51.



considerare che è proprio la suddetta Convenzione ad essere un trattato internazionale reso esecutivo con legge dello Stato, come tale pienamente “vincolante” a prescindere dal carattere consolidato o meno della giurisprudenza della Corte Edu. Il che val quanto dire che l’interpretazione circa la portata della legge che ha reso esecutiva la Cedu e, quindi, della Cedu stessa non può che “spettare”, come diceva Corte cost. n. 349/2007, al giudice comune, vi sia o meno una giurisprudenza consolidata della Corte Edu.

Il che non significa, affatto, negare che l’esistenza di *revirement* nella giurisprudenza convenzionale, come anche di opinioni dissenzienti espresse da singoli Giudici della Corte Edu possono dare luogo, sul piano interpretativo, alla non applicazione della Cedu e del suo diritto vivente, operando tuttavia tali evenienze sulle operazioni di bilanciamento che il giudice comune sarà, volta per volta, chiamato ad operare, tenendo insieme sul suo scrittoio la Costituzione, la Cedu e le Carte che tutelano i diritti fondamentali ed avendo come unica stella polare quella della maggiore e più intensa tutela dei diritti umani.

Orbene, le considerazioni appena espresse non intendono dunque in alcun modo negare il fatto che nell’attività di interpretazione ed applicazione del diritto di matrice convenzionale gli elementi esposti dalla n. 49/2015 – unicità del precedente, opinioni dissenzienti, ecc. – non debbano essere adeguatamente considerati e ponderati in sede di verifica giudiziale. Esse intendono semmai chiarire, ancora una volta, la centralità del giudice comune nel processo di attuazione dei diritti fondamentali. E ciò sotto il duplice profilo.

Per un verso, infatti, proprio le considerazioni espresse dalla Corte costituzionale in ordine alle peculiari caratterizzazioni della giurisprudenza convenzionale dimostrano come sia unicamente il caso di specie, l’esame specifico della vicenda e della giurisprudenza a potere orientare l’attività interpretativa del giudice, questi dovendo tenere in considerazione

in maniera congiunta e non frazionata i diritti fondamentali e le fonti dalle quali promanano. Ciò che, del resto, aveva sagacemente suggerito Corte cost. n. 191/2014, sottolineando il compito del giudice comune rivolto alla «massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento».

Se dunque il piano dei rapporti fra le interpretazioni va riportato all’interno del sindacato ermeneutico riservato al giudice comune, le preoccupazioni della Corte costituzionale sono allora destinate ad attenuarsi, operando la Corte europea al pari di ogni altra giurisprudenza delle Corti superiori – anche interna – e perciò stesso destinata, eventualmente, ad essere ponderata da altri giudici interni che operano nel nome e nell’interesse della Convenzione stessa o modificata nelle sue coordinate anche per effetto di diverse e più progredite decisioni dello stesso giudice.

Del resto, ciò si riconosce nei rapporti fra giudice di merito e giudice di legittimità<sup>33</sup> – e non è dato comprendere perché non debba ammettersi, sia pur con i necessari temperamenti – sul piano dei rapporti fra ordinamento interno e Cedu.

Né sul piano interno si è mai pensato che una norma positiva debba trovare applicazione solo quando la Corte di cassazione abbia sulla stessa statuito o sulla stessa abbia formato una giurisprudenza consolidata.

Anche a voler riconoscere che la Corte di cassazione ha il compito di garantire l’uniforme interpretazione del diritto<sup>34</sup>, in modo molto più incisivo di quanto non faccia l’art. 32 Cedu rispetto alla *competenza* della Corte di Strasburgo sull’interpretazione della Convenzione<sup>35</sup>, ciò non può certo annacquare il valore e la portata della giurisprudenza della Corte Edu. Ed allora, se non può certo ritenersi che l’assenza di precedenti del giudice di legittimità determini l’inefficacia o la non vincolatività della legge, dovendo comunque

33. Cass.(ord.) 174/2015, con commento critico di A.G. Lanzafame, *Retroattività degli overruling e tutela dell’affidamento. L’istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). V. anche, sulla stessa decisione, G. Molinaro, *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell’affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015,6, 501; A. Marcheselli, *Affidamento e certezza del diritto: limiti ai mutamenti giurisprudenziali*, in *Riv. giur. trib.*, 2015, p. 319. Sul tema del mutamento giurisprudenziale v. R. Rordorf, *Giudizio di cassazione. Nomofilachia e motivazione*, in *Il libro dell’anno del diritto*, 2012, Roma.

34. In altra sede abbiamo peraltro cercato di affrontare l’evoluzione del ruolo nomofilattico delle Corti supreme proprio in ragione dell’avvento delle Carte dei diritti fondamentali – v., volendo, R. G. Conti, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, in *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di E. Lamarque, Torino, 2015.

35. In questo senso il «ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo» al quale accenna Corte cost. n. 49/15 va rettificato inteso. La Corte di Strasburgo, come dalla stessa ripetuto quasi fino all’ossesso, non è quello di un quarto grado di giudizio, essa semmai dovendo unicamente verificare che la Cedu abbia trovato espansione a livello interno. Non si pone, così, all’interno del circuito delle giurisdizioni nazionali come organo di impugnazione e dunque si distingue nettamente dal ruolo ricoperto dal giudice di legittimità.

il giudice di merito farne applicazione, anche in assenza di precedenti ovvero in presenza anche soltanto da “una sola” sentenza della Cassazione nemmeno può ritenersi che il singolo precedente della Corte Edu sia privo di efficacia, sia esso o meno riferibile al nostro Paese.

È vero, semmai, che a volere essere coerenti, le preoccupazioni espresse dalla Corte costituzionale a proposito dei possibili ondeggiamenti della giurisprudenza della Corte Edu costituiscono una delle ragioni che, affiancate ad altre già in passato messe a punto dalla dottrina<sup>36</sup>, avrebbero dovuto suggerire alla Corte costituzionale la strada del sindacato diffuso di convenzionalità e, con esso, quello della disapplicazione da parte del giudice comune in relazione alla singola fattispecie.

Quanto fin qui detto, d'altra parte, non intende certo disconoscere che la Cedu non può essere interpretata in via autonoma dal giudice nazionale, dovendo egli comunque inserire il processo ermeneutico compiuto nell'ambito del diritto vivente della giurisprudenza della Corte Edu<sup>37</sup>, piuttosto intendendo escludere che l'unicità del precedente, epperò pertinente e persuasivo, impedisca di fare applicazione della Cedu.

In questa prospettiva, il ruolo dell'interpretazione “convenzionalmente orientata” rimane comunque centrale e si delinea secondo tratti che non sembrano essere condizionati dalla posizione assunta dalla Corte costituzionale nella sent. n. 49/2015 in tema di giurisprudenza consolidata, proprio perché il giudice comune è soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.).

Per questo, il ruolo dell'interpretazione si dimostra, in ogni caso, assai rilevante, costituendo una sorta di “testa di ponte” capace di realizzare in modo modulato e armonico, nel singolo caso, quella sinergia fra sistemi che rappresenta la vera nuova frontiera dei diritti fondamentali.

L'affermazione, di recente espressa dalle Sezioni unite penali – sent. n. 27620/16 – per cui «I principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come viventi nella giurisprudenza consolidata della Corte Edu, pur non traducendosi in norme di diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione (“convenzionalmente orientata”) ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell'applicazione delle norme interne» costituisce un approdo felice che dovrebbe contribuire a realizzare il processo di unificazione delle interpretazioni alle quali il giudice nazionale è tenuto, pur riconoscendosi che sarebbe paradossale ritenere, in tema di diritti fondamentali, una gerarchia delle interpretazioni<sup>38</sup>.

#### **4. La verifica del ruolo del giudice su alcuni temi eticamente sensibili. La sentenza Englaro (Cass. n. 21748/2007)**

Ed allora, la domanda è la seguente: ha la giurisdizione debordato dai propri limiti in questi anni caratterizzati da un diffuso stato emergenziale correlato

36. V., sulla possibilità di applicare direttamente la norma convenzionale da parte del giudice comune in relazione a specifiche ipotesi – legge di adattamento successiva alla legge ordinaria ad essa contraria; vuoto di tutela da parte della legge nazionale, sostanziale coincidenza di norma Cedu con norme Ue *self-executing* – vari scritti di A. Ruggeri e, fra questi, specificamente Applicazioni e disapplicazioni dirette della Cedu (lineamenti di un “modello” internamente composito), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 28 febbraio 2011, par. 2.2: «... Si fa dunque riferimento all'ipotesi che si dia un vuoto legislativo e che esso sia appunto colmato dalla Cedu. A rigore, anzi, il vuoto non c'è, proprio perché c'è la ... Cedu, cioè la legge con cui essa è stata recepita in ambito interno. È singolare che molti storcano il muso davanti alla eventualità della applicazione diretta della fonte convenzionale, trascurando tuttavia, per un verso, che essa – come si segnalava – è senza indugio alcuno ammessa con riguardo alla Costituzione e, per un altro e decisivo verso, che la Cedu – non ci si stancherà di ripetere – è pur sempre una “legge” e che i giudici alle leggi stesse sono (esclusivamente) soggetti»; id., L'interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), p. 13 in nota 42; id., Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 22 ottobre 2013, e in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013, spec. al § 2: «... Il quarto ed ultimo caso si ha laddove non si dia l'esistenza di una norma interna e il giudice possa pertanto colmare il vuoto facendo immediato riferimento alla norma convenzionale. Non si capisce infatti la ragione per cui, mentre diffusamente si ammette, quanto meno con riferimento a taluni casi, la possibile (ed anzi doverosa) applicazione diretta della Costituzione, non possa dirsi lo stesso delle Carte internazionali dei diritti (e, segnatamente, della Cedu), tanto più che esse sono rese esecutive con legge (dunque, come si vede, una vera e propria lacuna legislativa in una siffatta circostanza non si ha)». Sulle prospettive di disapplicazione della norma interna contrastante con la Cedu ad opera del giudice comune v., volendo, R.G. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 134.

37. V. Zagrebelsky - R. Chenal - L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 61.

38. A. Ruggeri, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, Relazione tenuta all'incontro sul tema *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, svoltosi in occasione del ventennale della morte di Rosario Livatino ad Agrigento nei giorni 17–18 settembre 2010, in [www.csm.it](http://www.csm.it): «l'interpretazione conforme essendo incoraggiata a formarsi dalla struttura (in maggiore o minore misura) aperta e – diciamo pure – ambigua degli enunciati normativi cui si applica; allo stesso tempo, però, la tecnica in parola prestandosi non di rado ad usi particolarmente incisivi, alle volte di sostanziale rifacimento della tela normativa, talora posto in

all'assenza di legislazione adeguata a "coprire" i fatti e le questioni più spinose?

Non resta che operare una verifica sul campo, al fine di valutare se la giurisprudenza della Corte di cassazione abbia fatto buon uso della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ovvero se abbia dato luogo a storture capaci di giustificare le preoccupazioni, se non gli attacchi, rivolti ad un attivismo giudiziario avvertito come sregolato.

L'analisi di alcuni casi su temi eticamente sensibili, oggi resa agevole dalla riflessione a tutto tondo di chi quell'esperienza ha in buona parte contribuito a realizzare nella giurisprudenza di legittimità<sup>39</sup>, appare assai feconda proprio perché essa ha alimentato ed alimenta reazioni critiche – provenienti dal mondo politico e da ampi settori della dottrina – particolarmente aspre al punto da descrivere i tratti di questi indirizzi in termini di giurisprudenza usurpatrice delle prerogative parlamentari, poco accorta sul piano dell'ortodossia giuridica e, in ultima analisi, ammantata da soggettivismi che minerebbero, alla base, le fondamenta della democrazia e della ripartizione dei poteri oltre al principio di eguaglianza.

Il *leading case* è sicuramente quello che ruota attorno alla vicenda Englaro<sup>40</sup>.

Ed infatti, la sentenza n. 21748/2007 resa dalla Cassazione è stata da una parte della dottrina – ed in verità non solo dalla dottrina – additata, probabilmente per le implicazioni umane vissute con sofferenza – ed in modo diametralmente opposto – da un'intera Nazione, come esempio di travalicamento, attraverso il canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata, dei compiti del giudice interno e dell'obbligo sullo stesso ricadente di applicare e non "creare" la legge. Essa consente, dunque, di focalizzare le critiche, aspre, che vengono mosse ad un uso che si assume "disinvolto" del canone ermeneutico dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

Il giudice comune, secondo tale prospettiva<sup>41</sup>, verrebbe a realizzare, attraverso il caso concreto, una vera e propria manipolazione, con l'*arma* dell'interpretazione, dei *valori* e dell'ordine di priorità in cui sono disposti saccheggiando orientamenti giurisprudenziali "altri" che poco o nulla avrebbero rilievo nell'ordinamento interno e giungendo a risultati frutto di preferenze soggettive e di intuizioni emozionali

---

essere *motu proprio* dai giudici comuni, talaltra invece sollecitato dalla giurisprudenza costituzionale per un verso, dalla giurisprudenza delle Corti europee per un altro. V'è un rapporto assai stretto tra le carenze, non di rado particolarmente vistose, del dato positivo e la tecnica dell'interpretazione conforme, che tra le tecniche interpretative, forse, proprio quella che meglio si presta allo scopo di piegare il dato stesso alle esigenze continuamente cangianti dei casi. Certo, l'interpretazione in parola non è sempre integrazione o, addirittura, superamento, riconformazione del dato stesso; alle volte è davvero e solo esplicitazione di un potenziale semantico genuinamente espresso dall'enunciato, non già fattore di alterazione dello stesso. Nondimeno, è fuor di dubbio che proprio sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali la tecnica stessa ha reso (e seguita senza sosta a rendere) i suoi migliori servigi, anche (e, anzi, soprattutto) in difetto di adeguati interventi del legislatore. Si ha modo così di apprezzare il ruolo che l'interpretazione in parola esercita nelle vicende della pratica giuridica, ponendosi quale strumento prezioso a disposizione dell'operatore col quale assicurare l'effettività della tutela dei diritti, al pari peraltro di altre tecniche, quale quella dell'applicazione diretta della Costituzione e di altri documenti normativi relativi ai diritti ... è il caso, con la varietà e complessità dei materiali di cui si compone, che sollecita la messa in atto delle tecniche suddette (dell'una ovvero dell'altra, a seconda delle contingenze) e, ancora prima, che l'orientamento (o il preorientamento) del processo interpretativo; è pur vero, poi, che la stessa interpretazione a sua volta orienta la ricostruzione del caso, nella molteplicità degli elementi che lo costituiscono. Fatto e norma, insomma, si rincorrono senza sosta in seno ad uno stesso circuito, alimentandosi reciprocamente, malgrado non sempre se ne abbia piena consapevolezza da parte degli operatori. Il processo interpretativo, a sua volta, si presenta al proprio interno articolato e composito. Volendo, può anche discorrersi di un fascio di processi interpretativi concorrenti e – come si vedrà – convergenti, non solo a motivo della pluralità dei dati normativi simultaneamente evocati in campo dal caso ma anche (e soprattutto) della loro diversa natura e connotazione complessiva. La stessa tecnica dell'interpretazione conforme presenta, dunque, una varietà di movenze in relazione alla natura degli atti cui si applica, alla loro struttura nomologica (fatta a maglie ora più ed ora meno larghe), ai contesti in cui prende forma; di talché anche formule relative ai diritti apparentemente simili o, addirittura, in tutto identiche possono prestarsi ad esiti ricostruttivi di sensi non coincidenti o, diciamo pure, divergenti in ragione della provenienza delle fonti, dei caratteri propri del sistema cui esse appartengono, delle esigenze espresse dal caso ...».

39. G. Luccioli, *Diario di una giudice. I miei cinquant'anni in magistratura*, Udine, 2016.

40. Cass., Sez. I, civile, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, I, p. 125. Su tale decisione v. F. Gazzoni, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1/2008, pp. 107 ss.; G. Anzani, *Consenso ai trattamenti medici e "scelte di fine vita"*, in *Danno resp.*, 10/2008, pp. 957 ss.; F. Viganò, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen.proc.*, 2008, pp. 1039 ss.; A. Proto Pisani, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, I, pp. 987 ss.; F. Mazzarella, *Appunti storico-giuridici in margine a due recenti pronunce sul diritto alla vita*, in *Foro it.*, I, pp. 786 ss.; P. Becchi, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2009, pp. 379 ss.; Bologna, *Sentenza in forma di legge? Il caso Englaro e la lezione americana della vicenda Terri Schiavo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

41. Il punto è stato trattato anche da F. Viganò, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, spec. p. 1594 e p. 1595.

capaci, addirittura, di aggirare il comando legislativo ed il vincolo di soggezione alla legge, fino al punto di mortificare il significato proprio del controllo incidentale di legittimità costituzionale<sup>42</sup>.

Anzi, e più specificamente, il valore – nel caso concreto, quello della dignità umana del quale si è già accennato – sarebbe diventato «allora il canone-guida per un'interpretazione evolutiva della legge, il fine che giustifica l'aggiramento della formalità giuridica, il fondamento su cui poggia la pretesa a una prestazione nei confronti della pubblica amministrazione o l'imposizione di un limite all'attività conformativa di questa, la ragione giustificativa dell'apposizione di vincoli non positivamente previsti a diritti di libertà»<sup>43</sup>.

In definitiva, la dottrina appena citata, ricordando ulteriori pronunce che muovono dalla “valorizzazione ermeneutica” del “valore” dignità umana, ha osservato che detto canone «sembrerebbe rivestire la funzione di un criterio interpretativo residuale, correttivo, in qualche misura assimilabile all'argomento fondato sull'equità, mostra chiaramente come l'applicazione diretta di valori costituzionali possa spingere il giudice ad accreditare interpretazioni chiaramente esterne al perimetro dei significati astrattamente riconducibili alla lettera delle previsioni normative, con un aggiramento del vincolo di soggezione alla legge e una mortificazione del significato proprio del controllo incidentale di legittimità costituzionale»<sup>44</sup>.

Né è mancato chi si è fatto portavoce delle preoccupazioni espresse sul «fatto che la decisione sulla vita di una persona provenga da un tribunale sulla base di una discutibile ricostruzione della volontà»<sup>45</sup>.

Le critiche, talvolta non compiutamente espresse, ma lasciate intendere, si sono in questo modo rivolte al fatto che in assenza di una posizione espressa dal legislatore in ordine alla possibilità di intervento sulla vita altrui da parte di soggetti pur legati da vincoli di parentela oltre che sulla natura stessa dello stato vegetativo permanente e dell'alimentazione forzata la

decisione dei giudici (di legittimità e di quelli di merito in sede di rinvio) avevano determinato un vero e proprio (grave) straripamento del (potere) giudiziario, mistificando le regole della “scienza”, proiettate nel senso di riconoscere una pur limitata attività cerebrale anche nei soggetti che si trovano in tale sventurata condizione. Le decisioni del giudice sarebbero state, in definitiva, il frutto di un'indebita operazione di *forzatura* dei principî, ottenuta attraverso una altrettanto indebita lettura “aperta” della Costituzione e di altri strumenti internazionali, per di più compiuta facendo – irriuale – ricorso a precedenti giurisprudenziali di Corti straniere.

Ciò renderebbe l'attuale sistema antidemocratico, le quante volte il giudice offre, spogliando i cittadini e chi loro rappresenta del potere di decidere ciò che è giusto e ciò che non è *giusto* o *degno* per un essere umano.

Orbene, la sentenza Englaro sembra rappresentare un buon paradigma laddove conferma che il giudice, di fronte al “silenzio” del legislatore, non può rimanere inerte rispetto ad una domanda di giustizia, ove questa sia giustificata e tutelata dal quadro dei principî scolpiti all'interno del sistema – integrato nel senso appena descritto – non essendogli consentito un *non liquet*<sup>46</sup>.

Rispetto all'assenza di un *humus* comune e condiviso il giudice non deve né può, ad avviso di chi scrive, indietreggiare o deflettere dal ruolo e dalla funzione che questi svolge allorché emergano, in termini sufficientemente chiari e prevedibili, dei principî di base che trovano la loro naturale collocazione all'interno delle Carte dei diritti fondamentali, per come vivificate dalle rispettive giurisdizioni.

In definitiva, Cass. n. 21748/2007 non rappresenta tanto e soltanto una pietra miliare rispetto al riconoscimento del diritto all'autodeterminazione della persona. Essa è molto, molto di più, offrendo il volto di un giudice capace di affrontare un “caso difficile” senza pregiudizi, senza pre-orientamenti di natura religiosa, con grande attenzione alla comparazione proprio per-

42. G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza 26 ottobre 2009, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

43. G. Scaccia, op. ult. cit., p. 11.

44. G. Scaccia, op. ult. cit., p. 13.

45. I. Anrò, *Il caso Englaro di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo: un confronto con la Corte di giustizia delle Comunità europee circa la legittimazione ad agire delle associazioni a difesa dei diritti dell'uomo*, in [www.forum costituzionale.it](http://www.forum costituzionale.it).

46. Fu, probabilmente questo il convincimento di base che indusse il Tribunale di Roma a disattendere in primo grado la richiesta di Piergiorgio Welby – sul quale v. M. Azzalini, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *Nuova giur.civ.comm.*, II, 23, 2007, p. 313; id., *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*, ibidem, I, 24, 2008, pp. 73 ss. In effetti, non poteva non convenirsi con il giudice romano circa la mancanza di un testo scritto capace di dare risposta alla domanda di giustizia “gridata” dal povero Welby. Sul punto v. R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, p. 58.



ché consapevole di quanto i fenomeni della globalizzazione rendano necessario un approccio aperto rispetto a temi che toccano l'essenza della persona. Tutto questo senza tralasciare le radici del contesto nazionale nel quale il giudice è chiamato ad operare, ma nemmeno perdendo di vista la dimensione universale che certi valori tendono progressivamente ad acquisire. Quando Cass. n. 21748/2007, ritiene che «... pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali» il giudice di legittimità iscrive un principio destinato a rimanere ben saldo nei decenni a venire<sup>47</sup>.

D'altra parte, è stata sempre la vicenda Englaro a dare la misura delle tensioni esistenti fra "l'ordine" ed il "potere"<sup>48</sup>, sfociati in atti – decreto legge, conflitto di attribuzione delle Camere – sui quali la riflessione della dottrina è parimenti cruciale per comprendere, fino in fondo, il ruolo del giudice comune<sup>49</sup>.

Un'ultima riflessione merita di essere fatta proprio in relazione al ruolo fondamentale svolto dalla sentenza Englaro nel ricordato processo di concretizzazione dei principî fondamentali.

Cass. n. 21748/2007 è stata infatti accusata di avere fatto indebito uso del metodo comparatistico<sup>50</sup> richiamando, a sostegno della decisione, legislazioni e precedenti di paesi stranieri, asseritamente privi di valore "giuridico".

Accuse che non persuadono affatto, se si considera che l'attività di emersione dei diritti fondamentali ed il controllo di legalità in tal modo realizzato sono ormai alimentati dalla comparazione (intesa come strumento di ridefinizione semantica di istituti per effetto dell'apertura del sistema interno al diritto internazionale e sovranazionale) che, in apparenza non codificata, è desumibile dall'apertura della Costituzione – artt. 2, 3, 10, 11, 117 1° comma – alle fonti sovranazionali. Tale cornice, in definitiva impone al giudice costituzionale il canone dell'interpretazione secondo tali fonti ma, a cascata, si ripercuote sull'interpretazione delle leggi che sono attuazione dei principi costituzionali da parte del giudice comune<sup>51</sup>. D'altra parte, l'apertura al piano della comparazione data dallo stesso riferimento all'interpretazione sistematica contemplata dall'art. 12 disp. preleggi cc (disposizione, in ogni caso, da sottoporre a rilettura alla luce della Costituzione, non facendo essa ad es. menzione dell'interpretazione costituzionalmente orientata sulla obbligatorietà della quale oggi non si dubita malgrado il silenzio della medesima sul punto costituisce dato ineludibile tanto sul piano interno, per quanto detto, che su quello sovranazionale.

In definitiva, l'analisi svolta dalla dottrina<sup>52</sup> sul valore e sul rilievo del diritto straniero per i giudici ha dimostrato non soltanto l'efficacia e la rilevanza di siffatto metodo<sup>53</sup>, soprattutto laddove si discuta di diritti fondamentali, ma anche la concreta pratica di siffatto metodo da parte delle Corti supreme di molti

47. Certo, sono noti gli strali indirizzati contro tale decisione, come lo sono gli esiti dei conflitti di attribuzione sollevati dalle due Camere per una ventilata usurpazione delle funzioni legislative e dei ricorsi presentati alla Corte Edu da familiari di persone che assumevano di potere subire un pregiudizio dalle decisioni adottate in quella dolorosa vicenda. Per l'esame analitico di tale questione sia consentito il rinvio a Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 286 ss.

48. Sul punto v., peraltro, V. Onida, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, in *Quaderni giustizia*, 2005, p. 4, che ha sfatato la polemica che continua tuttora ad infuocare il mondo politico circa la natura di "Potere" del *giudiziario*.

49. Cfr. ancora E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'era repubblicana*, cit., p. 108: «... Si tratta di una questione cruciale del costituzionalismo che trova l'occasione – più unica che rara – di uscire dalla contesa politica ed emergere in sede giurisdizionale. La Corte costituzionale non se la lascia sfuggire, e anzi la coglie appieno, utilizzandola per costruire un solido muro a difesa delle attribuzioni dei giudici contro gli attacchi della politica. Lo strumento utilizzato dalla Corte per rispondere ai ricorsi delle camere è indice inequivocabile della sua volontà di tagliar corto e far piazza pulita delle accuse rivolte all'autorità giudiziaria: un'ordinanza assunta in camera di consiglio e senza contraddittorio nella fase di ammissibilità del conflitto».

50. Per un approccio al tema v. G. Smorto, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1. A. Gambaro, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia*, in AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, pp. 3 ss.; E. Petrone, *Il valore del precedente straniero nella giurisprudenza italiana dagli anni '50 ad oggi*, in *Contr. impr. Europa*, 1, 2010, pp. 184-216.

51. A. Ruggeri, in più scritti e, di recente, in *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in *Itinerari, Studi dell'anno 2015*, cit., pp. 639 ss.

52. B. Markesinis e J. Fedtke, a cura di, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, Bologna, 2009 - trad. a cura di A. Taruffo.

53. V., del resto, G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico-O. Pollicino, Groningen 2010.

Paesi occidentali<sup>54</sup>, capace di produrre un moto circolare fecondo quando la stessa traccia quasi inconsapevolmente una strada di comunanza di tutela dei diritti fondamentali<sup>55</sup>.

La sentenza Englaro conferma, dunque, come il ricorso al metodo comparatistico<sup>56</sup> costituisca in modo ormai stabile elemento indefettibile per applicare, interpretare, adattare o completare il diritto nazionale, specialmente quando quel diritto è obsoleto, poco chiaro, contraddittorio<sup>57</sup> o addirittura carente<sup>58</sup>. Canone comparatistico che (soprattutto) le Corti supreme *devono* utilizzare<sup>59</sup>, al pari dell'utilizzo che di siffatto metodo, con tutte le cautele del caso, viene fatto dalle Corti sovranazionali<sup>60</sup>. Per questo si è sottolineato che la comparazione è in funzione della certezza del diritto costituzionale e dei diritti costituzionali<sup>61</sup>.

#### 4.1 Altri casi risolti dalla Corte di Cassazione su temi eticamente sensibili:

**a) doppio cognome – Cass. nn. (ord.) 13298/2004; 16093/2006 –;**

**b) trascrizione di matrimonio *same sex* – Cass. n. 4184/2012 –;**

**c) nomina di amministratore di sostegno in via preventiva – Cass. n. 23707/2012 –;**

**d) divorzio imposto – Cass. (ord.) n. 14329/13 e Cass. n. 8097/2015 –;**

**e) maternità surrogata – Cass. n. 24001/2014 –;**

**f) tutela del legame familiare d'origine – Cass. n. 13435/2016 –;**

**g) diritto all'anonimato in caso di decesso della madre rispetto al diritto di conoscenza**

54. A. Barak, *La comparazione nel diritto pubblico*, in B. Markesinis e J. Fedtke, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, cit., p. 391: «...Le democrazie hanno valori fondamentali comuni. La democrazia deve garantire alcuni valori fondamentali per poterne tutelare altri. Per i giudici è importante sapere come il diritto straniero tratta questo problema e quali tecniche utilizza: una tecnica di bilanciamento o di categorizzazione? E perché una tecnica viene favorita ad un'altra? Ogni sistema giuridico affronta il problema dei limiti costituzionali dei diritti umani: quali sono questi limiti e quali tecniche sono state usate per stabilirli? ... Ovviamente, la soluzione di questi problemi è intrinsecamente locale; tuttavia in sistemi giuridici diversi vi è un nucleo comune, nel quale si riflettono i problemi della democrazia e la complessità delle relazioni umane. Di nuovo, non sostengo che vada adottata la soluzione straniera: non è mai vincolante. Io auspico solo un approccio aperto, che riconosca che nonostante la nostra individualità, non siamo soli». V. ancora, ibidem, G. Canivet, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, pp. 413 ss. e, specificamente, p. 416: «...Avvenendo in un contesto giuridico competitivo, tali esperimenti mirano all'efficienza e al miglioramento, e ogni sistema tende, tramite incorporazione o limitazione, ad ispirarsi al meglio degli altri, per diventare il migliore. In questo modo si mette da parte una concezione statica del diritto a favore di una visione decisamente evolutiva... La comparazione allarga l'orizzonte del giudice al fine di migliorare il suo diritto».

55. G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Bari, 2007, p. 148: «... Sono importanti le corti costituzionali e le corti supreme statali, quando interpretano in modo convergente i cataloghi dei diritti contenuti nelle rispettive Costituzioni nazionali e nelle convenzioni internazionali, così cooperando spontaneamente alla creazione, allo sviluppo e alla difesa di un patrimonio giuridico comune, di portata ultranazionale.».

56. A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008: «... il termine "diritto transnazionale" si fonda sull'intuizione secondo la quale la comparazione giuridica può essere utilizzata come uno strumento di interpretazione in vista dell'elaborazione di soluzioni che, ove utilizzate nell'ambito della formazione dottrinale o giurisprudenziale del diritto, potrebbero influenzare, in misura più o meno netta, l'attività di applicazione del diritto vigente nel Paese in cui la ricerca comparatistica viene svolta, in virtù della conoscenza che viene acquisita o diffusa del diritto vigente in altri Paesi, e quindi determinare un'evoluzione del diritto nazionale. In tal caso, il diritto straniero opera come una forma di *soft law*, se i formanti di tipo dottrinale o giurisprudenziale non siano riconosciuti da esso come fonti, oppure anche di *hard law*, ove lo siano, ovvero ove si abbia una recezione del tipo di quelle di cui si è parlato a proposito della circolazione dei modelli ...».

57. G. Canivet, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, in B. Markesinis e J. Fedtke, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, cit., p. 418.

58. C. Sarra, *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. ancora sull'uso "dialettico" del precedente giudiziario*, in ..., pp. 477 ss. ove l'A. muove dal presupposto che una delle condizioni per l'uso della comparazione deve essere quella della difettività del sistema nazionale che giustifichi l'utilizzo del diritto straniero - p. 490.

59. B. Markesinis e J. Fedtke, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, cit., p. 221: «... non ci si aspetta certo che una ricerca giuridica originale e comparatistica si svolga nelle corti inferiori e su tutti i numerosi casi giudicati. Le aspettative che abbiamo, tuttavia, sono diverse quando si tratta delle corti di più alto grado, dove il numero di casi da decidere è inferiore ed il tempo per riflettere più ampiamente rende la comparazione non solo possibile ma, talvolta, anche desiderabile, considerato come i giudici delle corti più alte del mondo sono chiamati sempre più spesso a decidere problemi che sono comuni a tutti noi, tutto ciò contribuisce a dimostrare che benché questo "argomento", relativo alla mancanza di tempo, abbia qualche fondamento, raramente è la ragione reale e determinante per l'assenza di qualunque uso effettivo del diritto straniero.».

60. V. i due saggi di C. L. Rozakis, *Il giudice europeo come comparatista* e di K. Schieman, *Il giudice come comparatista*, a proposito del rilievo della comparazione rispettivamente presso la Corte di Giustizia e presso la Corte europea dei diritti dell'uomo, in B. Markesinis e J. Fedtke, a cura di, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, cit., pp. 445 ss. e pp. 467 ss.

61. A. Ruggeri, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2/2015, 27 luglio 2015; [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 28 luglio 2015.

**delle origini del soggetto adottato – Cass. n. 15024/2016 –;**

**h) trascrizione di atto di nascita rilasciato all'estero a coppia unita in matrimonio dello stesso sesso – Cass. n. 19599/2016**

Non sembra certo potersi discorrere di uso spregiudicato dei diritti quando si esamina la vicenda del doppio cognome e la richiesta della Cassazione (ord. n. 13298 del 17 luglio 2004) alla Corte costituzionale di espungere dal sistema un ormai anacronistico precetto normativo. Richiesta rimasta senza esito – Corte cost. n. 61/2006, secondo la quale «l'intervento che si invoca con l'ordinanza di rimessione richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte» (tanto da imporre al giudice di legittimità il rigetto della richiesta formulata dalla coppia di sposi – Cass. n. 16093/2006)<sup>62</sup>. L'ortodossia giuridica della sentenza della Cassazione non poteva però evitare la condanna dello Stato italiano innanzi alla Corte di Strasburgo<sup>63</sup>.

Anche la vicenda della trascrizione di un matrimonio fra persone omosessuali contratto all'estero merita di essere in questo contesto esaminata.

Benchè oggetto di opposte valutazioni, Cass. n. 4184/2012, pur non offrendo la tutela reclamata dalla coppia omosessuale che aveva celebrato all'estero

il matrimonio chiedendone la trascrizione in Italia, si è presa cura di individuare l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu in tema di riconoscimento delle unioni omosessuali, realizzata non solo attraverso la riconduzione delle unioni all'ambito delle relazioni familiari – art. 8 Cedu – ma direttamente dall'art. 12 Cedu – integrato lessicalmente dall'art. 9 della Carta di Nizza-Strasburgo –<sup>64</sup>. In tal modo, il giudice di legittimità, mettendo a profitto le indicazioni espresse dalla Corte Edu, ha sottilmente – ma significativamente – colto nel ragionamento esposto dalla sentenza *Schalk c. Austria* del giugno 2010 la distinzione fra *riconoscimento* delle unioni omosessuali – ormai riconducibile all'art. 12 Cedu integrato dall'art. 9 della Carta – e *garanzia* della tutela del diritto ad unirsi in matrimonio della medesima coppia, che trova la sua regolamentazione sul piano – esclusivo – dei singoli ordinamenti nazionali<sup>65</sup>.

Ora, al di là della condivisibilità o meno delle conclusioni – a mo' di *obiter dicta* – alle quali è giunta la Cassazione anche a proposito del superamento del principio dell'inesistenza del matrimonio fra coppie dello stesso sesso<sup>66</sup>, non pare revocabile in dubbio che tale pronunzia resa dalla Corte suprema si sia mossa su coordinate assolutamente lineari.

62. Cass. 14 luglio 2006 n. 16093, in *Giust. civ.*, 2007, I, 149, affermò che «non può essere accolta la domanda congiunta dei genitori esercenti la patria potestà sul figlio minore legittimo di rettifica dell'atto di nascita del suddetto minore nel senso di imporre il cognome materno in luogo di quello paterno risultante dall'atto formato dall'ufficiale di stato civile in contrasto con la volontà espressa del padre al momento della dichiarazione di nascita. La ragione va rintracciata nel fatto che il quadro normativo relativo alla disciplina del cognome del figlio legittimo, diversamente da quella relativa al figlio naturale, adotta un meccanismo di attribuzione che non può essere derogato neanche dalla concorde volontà dei coniugi, come evidenziato anche dalla Corte costituzionale. Si rileva, nell'attuale quadro normativo, l'effettiva sussistenza di una norma di sistema attributiva del cognome paterno al figlio legittimo che è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia e non in sintonia con le fonti sopranazionali, che impongono agli Stati membri l'adozione di misure adeguate ad eliminare le discriminazioni di trattamento nei confronti della donna, ma tuttavia spetta comunque al legislatore ridisegnare in senso costituzionalmente adeguato e perciò ci si oppone, allo stato, all'accoglimento della domanda».

63. Corte dir. Uomo, 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*. Sarà ancora la Corte costituzionale – udienza pubblica calendarizzata per l'8 novembre 2016 – ad affrontare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 237, 262 e 299 cc 72, c. 1°, Rd 09/07/1939 n. 1238, 33 e 34 dPR 03/11/2000 n. 396, in relazione agli artt. 2, 3, 29, c. 2°, e 117, c. 1°, Costituzione; art. 16, c. 1°, lett. g), Convenzione Onu sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18/12/1979, ratificata e resa esecutiva con legge 132/1985, sollevata con ordinanza 26 novembre 2013 dalla Corte d'appello di Genova.

64. Cfr. p.3.3.4 sent. cit. «... la *ratio decidendi*, inoltre, costituisce vero e proprio *Overruling* (“[...] la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'articolo 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto [...]”) rispetto alla precedente giurisprudenza richiamata dalla stessa Corte, secondo la quale “l'articolo 12 garantisce il diritto fondamentale di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio e di fondare una famiglia”; 3) conseguentemente, il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 ha acquisito, secondo l'interpretazione della Corte Europea – la quale costituisce radicale “evoluzione” rispetto ad “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio” –, un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto da due persone dello stesso sesso ...».

65. Sulla possibilità che l'ordinamento interno si unifichi ai principi sovranazionali attraverso una legge ordinaria v. R. Romboli, *Il diritto consentito al matrimonio e il diritto garantito alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice troppo e troppo poco*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 4/2010.

66. Massa Pinto, “*Fiat matrimonio!*” l'unione omosessuale all'incrocio tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di cassazione: può una sentenza della Corte di cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare “una consolidata ed ultramillenaria tradizione” (superando anche il giudicato costituzionale)?, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) n. 2/2012; nonché, L. Lorello, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, (Cassazione I, sez. civile 15/3/2012, n. 4184).

La risposta del giudice di legittimità non solo ha contribuito a mutare la tradizione nel senso della destrutturazione del rigido paradigma eterosessuale, ma ha aperto le porte prima alla sonora condanna pronunciata a Strasburgo – Corte dir. uomo, 21 luglio 2015, *Oleari c. Italia* – e poi, alla recente legge sulle unioni civili (l. n. 76/2016).

Non meno attenta ai confini dei diritti delle persone vulnerabili si è dimostrata Cass. 23707/2012. Dopo avere chiarito che l'art. 408 cod. civ., ammettendo la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, è espressione del principio di autodeterminazione della persona, in cui si realizza il valore fondamentale della dignità umana, individuando il coacervo delle fonti giuridiche interne e sovranazionali, la stessa pronuncia non ha assecondato una lettura del quadro normativo favorevole ad un'espansione indiscriminata dell'istituto, al punto da consentire ad un soggetto la nomina preventiva di un amministratore di sostegno, anche in assen-

za di una condizione di disagio ed ha così ribadito la correttezza dell'indirizzo, prevalente fra i giudici tutelari, per il quale l'inesistenza attuale di una condizione patologica non può giustificare l'apertura di un procedimento di amministrazione di sostegno, in quanto l'intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto. Anche in questo caso nessun anelito ad un indiscriminato e malaccorto uso degli strumenti internazionali, dunque, ma un rigoroso quanto attento esame dell'istituto, realizzato attraverso un equo temperamento dei valori in campo<sup>67</sup>.

Un altro *hard case* che molto ha fatto discutere riguardava la previsione normativa che imponeva il divorzio alla coppia al cui interno uno dei coniugi avesse mutato il proprio sesso.

La Corte di cassazione ha dapprima sollecitato un intervento caducatorio da parte della Corte costituzionale – Cass. (ord.) n. 14329/13<sup>68</sup> – di guisa che le aspettative delle parti trovavano una prima risposta presso la Corte costituzionale – sent. n. 170/2014 –. La Consulta ha dimostrato di non ri-

67. Peraltro, Cass. n. 23707/12 non manca di chiarire che la dichiarazione anticipata con la quale una persona in piena salute dà indicazioni a un soggetto da lui designato su come comportarsi in caso di insorgenza di una futura malattia, pur generalmente vincolante quanto al suo contenuto, potrà essere superata in ragione dell'esistenza di gravi motivi valutati dal Giudice tutelare, il quale dovrà comunque deliberare il contenuto, avendo cura di verificare fin quando non vi è più coscienza del beneficiario, l'eventuale volontà di revoca. In tal modo, il giudice di legittimità riesce a coniugare in maniera felice i principi espressi dalla sentenza Englaro, già ricordata con quelli, solo in apparenza distonici, che pure la Corte di cassazione aveva espresso con riguardo alla vicenda del testimone di Geova rispetto alle trasfusioni di sangue (Cass. nn. 4211/2007 e 23676/2008). Tutto ciò, ancora una volta, attraverso tecniche interpretative informate al corretto bilanciamento fra i valori in gioco.

68. L'ordinanza n.14329/13 della Cassazione – v. la in *Corr. giur.*, 2013, p. 1519 con commento di S. Patti, *Un ben motivato rinvio alla Corte costituzionale in materia di divorzio «automatico» della persona transessuale*; v. anche A. Schuster, *Quid est matrimonium? Ri-tribuzione del genere anagrafico e divorzio*, in *NGCC*, 2014, I, pp. 33 ss.; L. Bozzi, *Mutamento di sesso di uno dei coniugi e «divorzio imposto»: diritto all'identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*, in *NGCC*, 2014, 5, p. 233; sul tema in generale v. S. Patti, *Il divorzio del transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, pp. 163 ss. – ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art.4 della legge n.164/1982 sulla rettificazione del sesso nella parte in cui dispone che la sentenza (di rettificazione) comporta lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio in maniera automatica. La Corte ha prospettato la violazione degli artt. 2, 3, 24, 29 Cost. nonché degli artt. 8 e 12 Cedu e per connessione degli artt. 10 e 117 Cost., ipotizzando che lo scioglimento automatico del matrimonio comporti lesione del diritto all'identità personale dei coniugi e del diritto al matrimonio. Anche in tale ipotesi l'intervento del giudice di ultima istanza si pone all'interno delle regole ed è, al contempo, dimostrativo, di quanto esso assuma rilevanza nel processo di progressiva trasformazione del diritto e dei diritti. Appare assai rilevante – e in definitiva confermativo di quanto si è detto nel testo a proposito della indispensabilità di siffatta tecnica decisoria – il riferimento comparatistico operato dai giudici di legittimità all'esistenza di analoga questione di legittimità costituzionale posta alla Corte costituzionale tedesca e alla declaratoria di incostituzionalità ivi pronunciata – sulla rilevanza della comparazione e, dunque, sulla necessità di conoscere la regolamentazione di una fattispecie oltre confine – v. S. Patti, *op.ult.cit.*, part. 178 ss. – E ciò si rileva quando proprio il richiamo di alcuni passi della motivazione della sentenza tedesca operato dal giudice nazionale è funzionale a delimitare la portata della eventuale declaratoria di incostituzionalità, al fine di fugare che essa costituisca un modo surrettizio di riconoscere il matrimonio fra persone dello stesso sesso. È dunque particolarmente significativo che tale passaggio sia stato pienamente condiviso da Corte cost.n.170/2014 che, pure escludendo la rilevanza del parametro di cui agli artt. 3,24 e 29 Cost., – e dell'art.117 1° comma Cost. in relazione agli artt.8 e 14 Cedu –, ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Cassazione, ritenendo, fra l'altro – p. 5.6 –, che «... La fattispecie peculiare che viene qui in considerazione coinvolge, infatti, da un lato, l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) e, dall'altro lato, l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere (in tal ultimo senso si sono indirizzate le pronunce della Corte costituzionale austriaca – VerfG 8 giugno 2006, n. 17849 – e della Corte costituzionale tedesca BVerfG, 1, Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05)».



manere insensibile, adottando una decisione – pur a volte ritenuta insoddisfacente<sup>69</sup> – anche per casi “innegabilmente infrequenti”<sup>70</sup>, quali quelli della coppia unita in matrimonio che, nell’ordinamento interno, si trovava esposta al “divorzio *ex officio*”. In tale vicenda il giudice costituzionale, mettendo da parte – in apparenza, almeno – il pur prospettato *vulnus* della normativa interna rispetto al parametro convenzionale<sup>71</sup>, ha ritenuto di dovere caducare la norma che imponeva il divorzio *ex officio* proprio sul presupposto che «...la condizione dei coniugi che intendano proseguire nella loro vita di coppia, pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi, con conseguente rettificazione anagrafica, sia riconducibile a quella categoria di situazioni “specifiche” e “particolari” di coppie dello stesso sesso, con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento di questa Corte per il profilo, appunto, di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore».

La successiva sentenza n. 8097/2015 della Cassazione, con la quale si è garantita la prosecuzione degli effetti del matrimonio *fantatoché* il legislatore non fosse intervenuto a normare gli effetti prodotti dalla sentenza della Corte costituzionale sopra ricordata ha inteso attuare quel *dictum* rispetto alla vicenda concreta posta davanti al giudice comune.

Ha in tali casi il giudice comune esorbitato dalle proprie prerogative<sup>72</sup>? Risposta ardua, soprattutto se si considera che, secondo alcuni Autori, la Cassazione avrebbe messo in atto un’opera di vera e propria manipolazione della sentenza della Corte costituzionale, per la quale il paradigma eterosessuale del matrimonio rimaneva inalterato.

Come che sia, non può sfuggire che la catena delle pronunzie susseguitesesi sul tema, accomunate dall’idea dell’ingiustizia di una previsione normativa che imponeva la scissione del legame matrimoniale in via automatica per effetto del mutamento di sesso, hanno eretto una *rete* nella quale si è incagliata l’inerzia del legislatore, sanzionata con la declaratoria di incostituzionalità – cd. additiva di principio – alla quale non poteva che seguire, ad opera del giudice comune, la presa d’atto di siffatta riconosciuta ingiustizia e l’adozione, nel singolo caso posto al vaglio giudiziale, di un intervento riparatore “a tempo” al quale, in ultimo, è seguita la provvidenziale normativa adottata dalla legge n. 76/2016<sup>73</sup>. In questo modo, la carica d’innovatività insita nella pronunzia del giudice comune ha avuto modo ugualmente di prodursi, intervenendo sulla domanda giudiziale della coppia, mentre la sentenza n. 170/2014 si era limitata alla mera indicazione di principi, indirizzati al legislatore.

Mette ora conto esaminare Cass. n.24001/2014, orientata a salvaguardare il divieto di maternità surrogata, penalmente sanzionato dalla l. n.40/2004.

L’attività di bilanciamento operata dalla Cassazione fra valori fondamentali ed i fondamenti stessi dell’ordinamento nazionale si chiude con un giudizio orientato a dare prevalenza alla dignità umana della gestante (insieme all’istituto dell’adozione) rispetto alla richiesta della coppia che non aveva alcun legame genetico con il nato all’estero in base ad un contratto illecito anche secondo la legge straniera. Ed è proprio attraverso il *distinguishing* operato dal giudice di legittimità fra il caso al suo esame e quelli decisi dalla Corte Edu con riferimento a due contratti di maternità surrogata legittimamente conclusi negli Stati Uniti da una coppia

69. Cfr. F. Bartolini, *Cambiare sesso da sposati: la Consulta sul divorzio del transessuale*, in <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2014/08/cambiare-sesso-da-sposati-la-consulta-sul-divorzio-del-transessuale> parla di decisione pilatesca.

70. La circostanza era già stata sottolineata per tempo in dottrina-, *Il divorzio del transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 172, sottolineandosi che in genere al cambiamento del sesso si associa l’aspirazione a vivere con una persona di sesso diverso.

71. Cfr. Corte cost. n. 170/2014: «...in assenza di un consenso tra i vari stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte Edu, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso».

72. A. Ruggeri, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (a prima lettura di Cass., I Sez. civ., n.8097 del 2015, in Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti: XIX. Studi dell’anno 2015, cit., pp. 191 ss., ritiene che la Cassazione avrebbe inventato il singolare istituto del matrimonio “a tempo” (pur se indeterminato). Sempre in senso critico R. Romboli *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro it.*, 10/2014, I, pp. 2680 ss.; V. Baldini, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (breve note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in *Dirittifondamentali.it*, 15 settembre 2014; C. Panzera, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 settembre 2015. Diversamente e in modo conforme alla decisione B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 15 giugno 2014; P. Bianchi, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo*, in *Quad. cost.*, 3/2014, pp. 669 ss.*

73. Art. 1 c. 26 e 27 l. n. 76/2016: La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell’unione civile tra persone dello stesso sesso. Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l’automatica instaurazione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso.

francese che si era rivolta ad una donna donando il seme maschile consente alla Corte di ampliare la tutela reclamata dalla coppia con la quale peraltro il minore era rimasto a vivere per un certo lasso di tempo.

Non potendo né dovendo qui affrontare il tema dell'eventuale esistenza di un interesse pregnante del minore a permanere con la coppia italiana che aveva comunque prelevato ed allevato il piccolo, resta il fatto che il giudice nazionale ha, ancora una volta, percorso in modo ortodosso i binari della decisione, prendendo in considerazione la giurisprudenza della Corte Edu senza tuttavia ritenerla pertinente rispetto al caso esaminato, proprio in relazione alla diversità fattuale delle vicende lì esaminate.

Non meno marginale appare la recente Cass. n. 13435/2016, che offre all'operatore plurimi punti di interesse, confermando la crescente rilevanza assunta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno e, parimenti, offrendo un significativo tassello a quel mosaico che tenta, sia pur con difficoltà, di individuare lo "Statuto" delle modalità di efficacia delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno.

Nel ritenere ammissibile in rito e fondata nel merito una domanda di revocazione di una sentenza resa dalla stessa Corte di cassazione in tema di dichiarazione di adottabilità, Cass. n. 13435/2016 pone anzitutto a fondamento dell'ammissibilità del giudizio revocatorio l'errore fattuale nel quale era incorsa la precedente decisione del giudice di legittimità che, nel ritenere fondata la decisione assunta a carico dei genitori per avere abbandonato la figlia, si era adagiata su un fatto escluso dal giudice penale con la sentenza assolutoria – passata in giudicato – prodotta in sede di giudizio di legittimità e "male interpretata" dalla Cassazione.

E poiché tale elemento aveva costituito il dato fondamentale sul quale si era fondato lo stato di abbandono, si è ritenuto sussistente l'errore revocatorio di cui all'art.395 n. 4 cpc ascrivibile alla Cassazione. A tale conclusione Cass. n. 13435/16 perviene sottolineando che «... i presupposti della revocazione vanno valutati con particolare attenzione allorché si prospetti la violazione di diritti fondamentali, protetti dalla Convenzione Edu, da parte del giudice nazionale, in forza di un errore di fatto che non abbia condotto al rimedio reale in discorso, onde poi non resterebbe che quello del mero indennizzo, per definizione insoddisfacente quando si tratti di diritti fondamentali su beni personalissimi della vita». Tale inciso finale disvela, in realtà, la portata non marginale dell'operazione compiuta dal giudice di legittimità che, per superare le strettoie espresse ripetutamente in tema di qualificazione e determinazione dell'errore revocatorio<sup>74</sup>, sottolinea la peculiarità della vicenda processuale, nella quale era in gioco la violazione di un diritto di matrice convenzionale<sup>75</sup>.

Oggi, la posizione della Cassazione sembra decisamente orientata a fornire un'interpretazione del dato processuale interno in tema di errore revocatorio più elastica e, in ogni caso, compatibile con il quadro convenzionale di merito in gioco innanzi al giudice di legittimità.

In definitiva, l'esplicito riferimento alla posta in gioco – *id est*, la possibile violazione di un diritto fondamentale protetto dalla Cedu – apre le porte al sindacato revocatorio in considerazione dell'inutilità di un mero indennizzo economico che la Corte Edu avrebbe al più potuto riconoscere, *a posteriori*, in favore di chi ha subito una violazione di un diritto di matrice convenzionale.

74. Secondo la Cassazione, infatti, non può essere qualificato come errore rilevante ai fini del giudizio revocatorio quello che costituisce frutto dell'apprezzamento, implicito o esplicito, delle risultanze processuali (Cass. n. 6511/2005, n. 13401/1999).

75. In effetti, è sufficiente rammentare che secondo la Corte di legittimità l'errore revocatorio si configura ove la decisione sia fondata sull'affermazione di esistenza od inesistenza di un fatto che la realtà processuale, quale documentata in atti, induce ad escludere o ad affermare; non anche quando la decisione della Corte sia conseguenza di una pretesa errata valutazione od interpretazione delle risultanze processuali, essendo esclusa dall'area degli errori revocatori la sindacabilità di errori di giudizio formati sulla base di una valutazione (Cass. n. 25654/2013; Cass. n. 14608 del 2007). Ancor più di recente, Cass. n. 15961/2016 ha escluso l'ammissibilità di un giudizio revocatorio che si risolve in una richiesta di rivisitazione del giudicato reso da questa Corte sugli stessi fatti già prospettati dalla parte nel corso del giudizio, ponendosi tale opzione in netto contrasto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale è ferma nel riconoscere l'importanza, quale principio fondamentale e cardine di ogni Stato di diritto, della certezza del diritto (*legal certainty* nella versione inglese e *sécurité juridique* in quella francese), intesa come esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche e di affidamento del pubblico nella giustizia – Corte dir. uomo, 9 febbraio 2016, Çelebi et aa. c. Turchia, p. 52 – e, quindi, come esigenza di esclusione della possibilità di ulteriore rimessione in dubbio delle decisioni finali dell'autorità giudiziaria – Corte dir.uomo, 18 gennaio 2012, *Penias et Ortmair c. Austria* – n. 15961/16 ha poi aggiunto che «... la scelta legislativa di ridurre il controllo delle sentenze di ultima istanza ai limitati casi specificamente previsti in tema di revocazione (art. 395 n. 4 cpc richiamato dall'art. 391 bis cpc), espressione di una valutazione discrezionale, si ponga in contrasto con alcun principio e norma costituzionale – Cass. Sez. Un., 30 aprile 2008, n. 10867; Cass., 14 gennaio 2009, n. 704 – ove solo si consideri che la tutela del giusto processo esige pure che quest'ultimo, svoltosi nel rispetto dei diritti di tutte le parti, abbia comunque una fine e consegua il bene giuridico essenziale del giudicato, in linea con il già ricordato principio della certezza del diritto che pure si declina nella necessità di giungere alla definizione di un giudizio – Cass. n. 862/2011; Cass. n. 29580/2011; Cass. n. 30245/2011 –.

Non meno rilevante appare il merito del ricorso per revocazione esaminato da Cass. n. 13435/16, per risolvere il quale la Corte ha scrutinato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di protezione del legame familiare d'origine.

Nel far ciò essa muove, ancora una volta, dal presupposto che la Corte Edu è chiamata ad assicurare standard minimi di tutela dei diritti umani, «... onde i principi da essa espressi non possono essere trascurati, sebbene non vi sia pronuncia Cedu diretta nel presente caso».

Tale accenno iniziale, contenuto nel p. 5.1 della motivazione, viene poi sviluppato nel successivo passaggio motivazionale, ove si riconosce espressamente la «... particolare vincolatività delle pronunce delle Corti sovranazionali, che – almeno ai fini interpretativi – si estende anche al di fuori del giudizio nell'ambito del quale vengono emesse» – p. 5.4 sent.cit. –.

Da qui la conclusione che «... il giudice nazionale è quello naturale cui spetta di operare nei confronti delle parti, per le quali è il giudice prossimo, la verifica dell'avvenuto rispetto dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione, al fine di farsi garante della loro protezione effettiva ed omogenea...», poi aggiungendo che «... egli è vincolato al rispetto della Convenzione, la quale non si rivolge solo allo Stato –apparato ma anche alle sue articolazioni interne...».

La presa di coscienza che anche presso la Corte europea si va affermando la regola del precedente favorisce, secondo la Cassazione, una stabilizzazione delle decisioni in funzione del canone della certezza del diritto, incidendo sull'efficacia delle decisioni promananti da quel giudice che «... sebbene formalmente limitate al caso deciso, sono suscettibili di fornire delle linee guida per quelli avvenire, quando la violazione riscontrata sia stata commessa o in forza di una disposizione interna generale ed astratta o a fronte di una situazione fattuale ripetibile...». Ne consegue, allora, che «... il giudizio di violazione di un diritto fondamentale, sancito da una pronuncia della Corte Edu, sia insuscettibile di sviluppi solo ove esso appartenga all'esclusiva o specifica singolarità del caso concreto, come tale destinato a restare confinato, appunto, nell'abito di quel giudizio. Dove al contrario, la fattispecie concreta sia idonea a fungere da modello generale di comportamento in una serie indeterminata di casi analoghi, là si ravvisa un

giudizio che va oltre la peculiarità irripetibile del caso e che si propone come guida sia per la prevedibilità delle future decisioni, sia per le condotte degli Stati...».

Sono dunque queste le premesse che consentono alla Corte di cassazione di traghettare sul versante interno la giurisprudenza della Corte europea in tema di legami familiari d'origine.

Orbene, è proprio l'approccio scelto da Cass. n. 13435/16 ad aiutare l'interprete nella ricerca di un metodo di approccio generale al diritto sovranazionale che passa attraverso un triplice ordine di questioni.

Per l'un verso, esso dimostra la centralità del ruolo della protezione dei diritti fondamentali di matrice convenzionale assunta nell'ordinamento nazionale e le possibili ricadute, per certi versi esplosive, sul piano processuale e sostanziale. A tale conclusione la Cassazione giunge considerando il ruolo crescente assunto dalle pronunzie della Corte europea e la loro efficacia “di cosa interpretata”, oltre che “di cosa giudicata”<sup>76</sup>.

Orbene, nel caso esaminato da Cass. n. 13435/2016 il risalto attribuito alla Cedu ed alla giurisprudenza del suo giudice naturale risulta evidente rispetto al duplice piano – processuale e sostanziale – sul quale si è misurata la Cassazione. Il parametro convenzionale, vivificato dalla giurisprudenza della Corte Edu, costituisce un dato imprescindibile per la soluzione del caso concreto da parte del giudice – qui di legittimità – tanto che la sua omessa considerazione avrebbe determinato un risultato sicuramente diverso, se la vicenda fosse stata scrutinata con la lente orientata unicamente verso il sistema normativo interno.

Non meno delicata è stata la vicenda che ha ruotato attorno alla coppia di decisioni, rispettivamente adottate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – sent. *Godelli c. Italia* – e dalla Corte costituzionale – sent. n. 278/2013 – sul tema della conoscenza delle proprie origini da parte della persona adottata nei confronti della madre che, all'atto della nascita, si era avvalsa del diritto assoluto, riconosciute dall'art. 28 c.7 l. n. 183/1984, all'anonimato.

All'indomani delle decisioni sopra ricordate la dottrina<sup>77</sup> si era chiesta quali ricadute esse avrebbero prodotto, permanendo l'inerzia del legislatore in esito alla caducazione dell'art. 28 c.7 cit., sulle vicende processuali in corso.

76. Sul punto sia consentito il rinvio a G.R. Conti, *Gli effetti delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno*, in *Dialogando sui diritti Corte di cassazione e Cedu a confronto*, (AA.VV.), Napoli, 2016, pp. 41 ss.

77. Per tutti, J. Long, *La corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2/2013, pp. 110-117; id, *Diritto della partorientale all'anonimato e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini: quale bilanciamento?*, in *Bioetica, rivista interdisciplinare*, Anno 2006, fasc. 2, pp. 226-235; id., *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, in *NGCC*, 2006 n. 6, pp. 549-560.

La soluzione resa nel caso Godelli dal Tribunale per i Minorenni di Trieste – 8 maggio 2015 – di “espandere” il diritto alla conoscenza delle proprie origini in relazione all’intervenuto decesso della madre dell’adottata che si era garantita il diritto all’anonimato e che, venuta a mancare, avrebbe consumato il limite alla conoscenza della persona a suo tempo generata, non aveva trovato convinti sostenitori nel mondo minorile<sup>78</sup>. In una diversa prospettiva si era infatti collocata la Corte di appello di Torino – 5 novembre 2014 – che, in una vicenda assai simile, ebbe a negare il diritto alla conoscenza, ritenendo che il decesso della madre avesse determinato l’irrevocabilità assoluta della volontà a suo tempo manifestata dalla madre, non costituendo revoca implicita all’anonimato.

Ed è proprio in questo contesto che la Cassazione, esaminando la questione degli effetti della morte della madre che si sia avvalsa del diritto all’anonimato sulla richiesta di conoscenza delle origini da parte del figlio successivamente adottato, nel cassare la decisione resa dalla Corte di appello di Torino sopra ricordata, ha ritenuto che «... non può non discendere dalla chiara individuazione compiuta dal giudice delle leggi la impossibilità di ritenere operativo, oltre il limite della vita della madre, il termine previsto dall’art. 93, comma 2, del ricordato d.lgs n. 196 del 2003 perché la conseguenza della morte della madre che ha partorito in anonimo sarebbe quella di reintrodurre quella cristallizzazione della scelta per l’anonimato che la Corte costituzionale ha ritenuto lesiva degli artt. 2 e 3 della carta fondamentale» – Cass. n. 15024/2016, depositata il 21 luglio 2016 –<sup>79</sup>.

Ed è sempre su temi eticamente sensibili che la recente Cass. n. 19599/2016 si sofferma, confermando la decisione della Corte di appello di Torino che, riformando la decisione di primo grado, aveva ammesso, per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico,

la trascrivibilità dell’atto di nascita, formato all’estero, del figlio di una coppia omosessuale unita in matrimonio.

Cass. n. 19599/2016 è andata oltre il reticolo della motivazione dei giudici torinesi, riconoscendo che la trascrizione dell’atto di nascita non contrasta con l’ordine pubblico internazionale e intende salvaguardare il superiore interesse del minore alla conservazione e salvaguardia: a) dello *status* di figlio e del proprio cognome validamente acquisiti all’estero; b) della nazionalità italiana acquisita per effetto dell’atto di nascita da cittadino italiano; c) del diritto alla conoscenza delle proprie origini del minore ed all’accertamento della discendenza biologica; d) del diritto alla bigenitorialità e alla protezione della relazione familiare allacciata dal minore con la madre sociale donatrice dell’ovulo.

Due i punti sui quali, ai fini della presente indagine, è necessario soffermare l’attenzione.

Il primo riguarda la nozione di ordine pubblico che la Cassazione tratteggia, delineandone in modo chiaro la sua nozione aperta, proprio perché rivolta non alla verifica della compatibilità del provvedimento da riconoscere con il quadro normativo interno ma, unicamente, all’accertamento dell’assenza di contrasto con quel ceppo fondamentale di valori al quale l’ordinamento positivo nazionale non può derogare. La concretizzazione di tale concetto passa, così, attraverso la valorizzazione delle Carte dei diritti fondamentali, al cui interno trovano spazio e formale riconoscimento i trattati internazionali, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la Cedu. In questa prospettiva, la Cassazione si inserisce nel solco che intende sottolineare e valorizzare la naturale vocazione plurale del sistema costituzionale interno<sup>80</sup> e la sua apertura verso le fonti sovra-

78. Trib. min. Trieste, 8 maggio 2015: «... Ad una contrapposizione tra due prerogative di pari rango costituzionale, tutelanti interessi primari in capo a soggetti diversi, subentra un solo interesse di portata fondamentale che, se prima trovava ingresso “in maniera premiente”, ora si espande “in maniera fondamentale” – per ricorrere ad espressioni utilizzate allorché deve essere applicato un bilanciamento in materia di principio del superiore interesse del minore, nel primo caso ove si tratti di azioni ricadenti sul minore ma che riguardino terze persone e, nel secondo caso, quando non vi siano altre parti coinvolte – non incontrando più l’unico limite atto ad affievolirne la tutela pervasiva, nei confronti di tutti, rappresentato da un altro diritto assoluto, personalissimo, dello stesso livello costituzionale. Insomma, non entrando più in competizione diritti fondamentali riconducibili a diversi centri d’interessi viene altresì meno la necessità, per il giudice, di realizzare un’attività di bilanciamento».

79. Si segnala, peraltro, la recente proposizione di un ricorso da parte del Procuratore generale della Corte di cassazione, assegnato alle Sezioni unite in quanto contenente una questione di massima di particolare importanza, affinché sui temi degli effetti della declaratoria di incostituzionalità espressa da Corte cost. n. 278/2013 e della necessità o meno di attesa dell’intervento integrativo del legislatore e della regolamentazione delle modalità di esercizio del diritto per il tramite della giurisprudenza in caso di inerzia del legislatore, venga espresso dalla Cassazione un principio di diritto ex art. 363 cod. proc. civ. nell’interesse della legge. Il tema rimane, dunque, ancora da sviscerare in tutti i suoi possibili svolgimenti, se si pensi al fascio di interessi contrapposti che possono ipotizzarsi nella vicenda, tra i quali quelli facenti capo ai congiunti della madre deceduta – sul punto, v., di recente, A. Ruggeri, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in [www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2016/10/RUGGERI\\_Discussant\\_NEW.pdf](http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2016/10/RUGGERI_Discussant_NEW.pdf), p.17, nota 47 –.

80. In questa direzione merita di essere ricordata Cass. n. 19405/2013: «... la nozione di ordine pubblico[...] non è enucleabile esclusivamente sulla base dell’assetto ordinamentale interno, racchiudendo essa i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e



nazionali che si prendono cura dei diritti fondamentali della persona.

L'altro elemento cardine sul quale si muove l'asse motivazionale di Cass. n. 19599/2016 è rappresentato dal superiore interesse del minore. Esso viene delineato in tutta la sua portata di valore avente rango costituzionale, che si compone attraverso il composito richiamo di fonti interne e internazionali. Valore, osserva la Corte, che non è *tiranno*, assoluto e incomprimibile, ma che, tutto al contrario, vive insieme agli altri diritti umani ed è soggetto anch'esso alle operazioni di bilanciamento fra diritti fondamentali<sup>81</sup>. Il tutto a dimostrare quanto l'esercizio della giurisdizione sia sempre di più a contatto con i valori della persona umana.

Resta soltanto da sottolineare la capacità dinamica mostrata da Cass. n. 19599/2016 nel dialogare con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il richiamo operato a più riprese a quel diritto vivente di quella Corte lo identifica come luogo privilegiato di concretizzazione dei diritti fondamentali scolpiti dalla Cedu, ma anche come luogo privilegiato al quale volgere lo sguardo per evitare operazioni di copertura dei diritti fondamentali che potrebbero dimostrarsi fallaci.

È assai interessante, sotto questo profilo, come la Cassazione abbia proceduto a segmentare i diversi *principia* che provengono dalla Corte di Strasburgo, sottolineando volta a volta il rilievo ivi offerto al margine di apprezzamento dei singoli Stati in materia eticamente sensibile, ma al contempo la contrazione di siffatto ambito in presenza di un superiore interesse del minore.

La giurisprudenza della Corte Edu è ripetutamente entrata, in questo modo, nel ragionamento della Cassazione, anche al fine di confermare la correttezza della decisione assunta in ragione del legame biologico fra madre sociale e minore. Ciò ha fatto valorizzando le differenze fra il caso esaminato e quello deciso da Cass. n. 24001/2014, non discutendosi di maternità surrogata, ma di un'assai particolare pratica fecondativa messa in atto per realizzare il progetto di coppia inizialmente voluto dalle due donne unite in matrimonio.

Ciò che conferma, per l'un verso, l'utilizzazione ormai stabile del metodo comparativo da parte del giudice di legittimità e, per altro verso, dimostra la maturità del giudice di legittimità nel muoversi tra fonti interne e sovranazionali.

### Conclusioni. Investire nella formazione e nel dialogo fra le Corti

Alla fine di questa lunga riflessione, si può provare ad offrire un pugno di considerazioni finali.

Non sembra, anzitutto, potersi dubitare che il giudice non può arrestarsi né di fronte alla mancata attuazione dei principî ispiratori dell'ordine costituzionale – purché espressi in modo precettivo – né davanti alle incertezze del legislatore, attingendo al patrimonio del diritto – *in law e in action* – ed alla sua coscienza<sup>82</sup>.

La circostanza che i principî di riferimento – di matrice costituzionale e convenzionale o eurounitari – non si mostrino, in relazione a singoli casi, specificamente determinati non sembra impedire l'opera

---

regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale [...]. Del resto, in un sistema plurale, di cui è partecipe il nostro ordinamento, non può ignorarsi la sinergia che proviene dall'interazione delle fonti sovranazionali con quelle nazionali. Si tratta di una combinazione, articolata e complessa, che si riflette sulla portata stessa dell'ordinamento interno, il quale così risulta diversamente modulato a seconda del *modus operandi* del rapporto che è instaurato tra esso e la fonte sovranazionale o internazionale interagente. Ed è proprio in tale prospettiva che si viene a declinare la vocazione cd. internazionalista della nostra Carta Fondamentale, che, oggi, non si esaurisce più negli originari principî desumibili dagli artt. 10 e 11 Cost., ma trova ulteriore forza di radicamento nell'art. 117 Cost., comma 1, il quale imprime alla legislazione tutta il rispetto dei vincoli derivanti dai trattati internazionali e dalla partecipazione all'Unione europea (nel 2001, allorché venne introdotta la citata norma nel riformato titolo V della Costituzione, ancora "ordinamento comunitario"). Ove, poi, vengano in rilievo fonti che sono votate alla protezione dei diritti fondamentali della persona umana (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con la L. n. 88 del 1955; Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea – o Carta di Nizza – che, in forza dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, "ha lo stesso valore giuridico dei trattati"), la loro incidenza sull'individuazione del limite di recepimento della norma straniera, partecipe di ordinamento anch'esso soggetto a quel sistema di fonti, non può essere revocato in dubbio, posto che appare evidente, al contempo, l'apertura internazionalista del concetto di ordine pubblico e la condivisione degli stessi valori fondamentali tra i diversi ordinamenti statuali, nell'ambito dello stesso sistema di tutela multilivello...».

81. Si colgono gli echi del recente volume di E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, pp. 84 ss.

82. R. Livatino, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, in I. Abate, *Il piccolo giudice*, Palermo, 1992, p. 62; R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2014, pp. 25 e 30. V. anche, in prospettiva particolare, R. Livatino, *Fede e diritto*, in I. Abate, *Il piccolo giudice*, cit., 86: «... Ed è proprio in questo scegliere per decidere, decidere per ordinare, che il magistrato credente può trovare un rapporto con Dio. Un rapporto diretto, perché il rendere giustizia è realizzazione di sé, è preghiera, è dedizione di sé a Dio. Un rapporto indiretto per il tramite dell'amore verso la persona giudicata. Il magistrato non credente sostituirà il

di emersione delle regole ad opera del giudice, anzi dovendosi considerare che l'elasticità dei detti canoni consente al meglio di adeguarne il significato alla coscienza sociale ed ai singoli casi della vita, in definitiva, rendendoli coerenti con le trasformazioni sociali verificate.

Si delinea così, con tratti marcati, un'immagine della giurisdizione nazionale – costituzionale<sup>83</sup> e non – costantemente *in progress* proprio perché chiamata, fuori da una dimensione *museale*, a misurarsi e prim'ancora a dialogare, in un ciclo continuo e mai concluso, con le altre Corti sovranazionali.

Quella odierna è davvero l'epoca in cui si mostra in modo marcato la tendenza alla flessibilizzazione delle tutele. Il mutamento del ruolo del giudice – comune e di ultima istanza – si delinea così attraverso non marginali “*cessioni di supremazia*” in favore delle Corti sovranazionali, alle quali fa per altro verso da contrappeso l'acquisizione di non indifferenti “*quote di sovranazionalità*” che contribuiscono ad avvicinare le Corti tutte, intersecandone in modo più deciso i compiti, gli sviluppi interpretativi, le soluzioni. Ed è proprio sul versante da ultimo ricordato che si apprezza, in maniera davvero imponente, la discontinuità con un passato caratterizzato da una visione del giudice interno – di merito e/o di ultima istanza – come *hortus conclusus*, oggi davvero impossibile da offrire.

La quotidiana opera di riconformazione, riparametrazione, riformulazione della giurisprudenza alle istanze provenienti dal diritto sovranazionale alla quale si assiste costituisce la *cifra* di un diritto giurisprudenziale interno che supera ampiamente il recinto nazionale<sup>84</sup>, partecipando in modo incessante a processi di concretizzazione dei diritti destinati ad entrare nel circuito internazionale e dunque ad “internazionalizzarsi”. E che tutto ciò non sia un *gioco*, ma una *necessità* vitale per i sistemi e gli ordinamenti, appare evidente se si studiano i collegamenti sempre più stretti che fra gli stessi si creano. Ciò che sembra addirittura confermato da Corte cost. n. 49/2015, già ricordata, se ad essa si guarda da una prospettiva che

prende coscienza dell'ineliminabilità di un confronto con i diritti di matrice convenzionale.

Quanto ora rappresentato consente di fortemente rimodulare e, in definitiva, rivitalizzare il principio di sussidiarietà posto a base del sistema Cedu, nel senso che quest'ultimo *investe*, ancora una volta ed in modo deciso, sul giudice nazionale, offrendogli strumenti di dialogo di portata cruciale sulla strada della sempre maggiore, più efficace ed effettiva tutela dei diritti fondamentali.

Il mutare delle coordinate rappresentato dall'avvento del diritto di matrice sovranazionale rende perciò evidente il cambio di prospettiva della funzione nomofilattica – e in definitiva la *mutazione genetica* – della Corte di cassazione, ormai «giuridicamente obbligata» a garantire – anche – l'uniforme interpretazione della legge come reinterpretata alla luce della Cedu, dei trattati internazionali e del diritto di matrice Ue.

Rimane la necessità che l'attività di garanzia – sul piano costituzionale, convenzionale e del rispetto del diritto Ue – assicurata dalle giurisdizioni interne si mantenga entro la cornice costituzionale, senza alterarla e senza sostituirsi agli organi di direzione politica, ai medesimi sovrapponendosi in modo da aprire la strada al *governo degli uomini*, in contrapposizione al governo delle leggi.

Non va quindi in alcun modo modificato il modello che lascia comunque al legislatore l'introduzione della regola e al secondo la sua applicazione concreta.

Va dunque valutato con favore un sistema nel quale il giudice possa esercitare le funzioni decisorie sulla base di modelli normativi minimi, quanto più elastici, in modo che il prodotto del suo agire sia capace di offrire la miglior tutela possibile alla persona, in relazione al complesso di interessi, valori e principi che vengono al suo esame e che appaiono “nelle loro singolarità irriducibili”, non potendo comunque il giudice rimanere paralizzato dall'assenza di normazione, quando trovi al suo fianco i principi e i valori di matrice costituzionale e convenzionale capaci di

---

riferimento al trascendente con quello al corpo sociale, con un diverso senso ma con uguale impegno spirituale...». Nella stessa direzione, Piero Calamandrei andava scrivendo, nel suo saggio *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, che «... La verità è che il giudice non è un meccanismo: non è una macchina calcolatrice. È un uomo vivo: e quella funzione di specificare la legge e di applicarla nel caso concreto, che *in vitro* si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà un'operazione di sintesi, che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa ... ridurre la funzione del giudice ad un puro sillogismo vuol dire impoverirla ..., inaridirla ..., disseccarla .... La giustizia è qualcosa di meglio: è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, vigilante, umana».

83. Si pensi alle sentenze della Corte costituzionale rese in tema di salvaguardia del diritto del figlio a conoscere le proprie origini (Corte cost. n. 278/13), sovraffollamento carcerario (Corte cost. n. 279/2013) fecondazione eterologa (Corte cost. n. 162/2014), tutela della loro condizione di coppia, a seguito dello scioglimento del loro matrimonio per effetto del mutamento di sesso di uno di essi (Corte cost. n. 170/2014).

84. A. Ruggeri, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, specificamente nel paragrafo dedicato alle *mutazioni genetiche* della funzione giurisdizionale.

offrire risposte a quella domanda di giustizia spesso incessante, sofferta, lacerante.

L'*attivismo* della giurisdizione non rappresenta, dunque, un'usurpazione di poteri, nè pone in discussione il rapporto fra giudice e legislatore, piuttosto dimostrando quanto sia fallace la contrapposizione fra questi ultimi, semmai occorrendo investire su logiche fondate sul reciproco rimando, completamento e cooperazione<sup>85</sup>.

Certo, il pericolo che questa attività di "estrazione" dei principi tracimi, nel concreto, fino a diventare attività creativa esiste e sarebbe bene che il legislatore intervenisse in modo da ridurre tali rischi. Ma *nell'attesa*, il giudice non può sottrarsi ai suoi doveri.

Come, allora, vincere i pericoli di soggettivismo, che pure risultano non implausibili, in ragione della complessità delle attività demandate al giudice nazionale?

Occorre, anzitutto, sottolineare che le forme di tutela, di natura processuale e sostanziale, provenienti dalla Cedu vanno conosciute e correttamente applicate, perché è l'ordinamento nazionale ad imporre il rispetto delle regole convenzionali provenienti da Strasburgo.

In questo senso, non c'è "libertà" da parte dell'operatore, ma c'è una *doverosità* che va, peraltro, non solo bene intesa nei suoi contenuti, ma soprattutto accettata nella prospettiva della migliore e più ampia tutela possibile dei diritti fondamentali che trovano matrice nella Convenzione.

In questa prospettiva, la doverosità finisce col diventare non onere, ma pieno dispiegamento del ruolo attribuito al giudice.

Per raggiungere questo obiettivo non ci si stancherà mai di sottolineare quanto fondamentale sia l'apporto delle strutture di formazione, centrale e decentrata, della magistratura. Investire sull'acquisizione non parcellizzata delle conoscenze sulle

fonti sovranazionali, sulle loro dinamiche, sulle loro "regole" è, forse, il modo migliore non soltanto per realizzare una diffusione capillare di questo *diritto nuovo* e delle sue regole, ma anche di garantire, nel tempo, risposte giudiziali tendenzialmente sempre meno imprevedibili proprio perchè improntate al rigoroso rispetto del metodo al quale si è fatto sopra cenno.

Il tutto passa, poi, attraverso un chiarimento ulteriore in ordine al rapporto fra giudice nazionale e Corte dei diritti umani, questo non potendosi ritenere sovrapponibile a quello che corre fra giudice di merito e di legittimità. Ciò perchè la funzione nomofilattica della Corte Edu, pur sicuramente rilevante, va rettammente intesa.

L'astrazione dei principi espressi dalla Corte europea è operazione delicata e complessa, va sicuramente favorita e diffusa, ma presuppone la consapevolezza che la Corte dei diritti umani è, a differenza del giudice di legittimità, giudice "del fatto" poichè, quando verifica il rispetto della Cedu da parte dei singoli Stati, scende all'esame complessivo e specifico di tutte le circostanze che hanno caratterizzato la singola fattispecie, valutando se "nel caso concreto" l'atteggiarsi della condotta dei singoli soggetti ha reso possibile la violazione prospettata dalla parte ricorrente.

I pericoli di arbitrio, insopportabile soggettivismo e pernicioso antiformalismo connessi a taluni indirizzi giurisprudenziali ai quali la dottrina fa spesso riferimento<sup>86</sup> si vincono, dunque, con risposte giudiziarie all'altezza della complessità dei problemi.

Le medesime preoccupazioni si alleviano, poi, rammentando il (poderoso, forse anche eccessivo rispetto all'attuale condizione) sistema di garanzie ordinariamente previsto, capace di correggere errori od abusi.

Orbene, il sistema delle impugnazioni<sup>87</sup>, la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, ancorchè schiacciata da un numero di ricorso che ne depoten-

85. A. Ruggieri, *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, cit., p. 638: «... occorre farsi portatori – a me pare – di un modello di Stato in seno al quale ciascuna delle sedi istituzionali in cui si articola è sollecitata ad incarnare un ruolo viepiù impegnativo e crescente, in cui cioè si abbia un ruolo forte sia degli organi della direzione politica e sia degli organi di garanzia (per ciò che qui specificamente importa, dei giudici, comuni e costituzionali). Insomma, uno Stato che è, a un tempo, "legislativo" e "giurisdizionale", se vogliamo riprendere queste usuali, ancorché logore, etichette, nel quale l'equilibrio complessivo del sistema risulti – perlomeno, secondo modello – costantemente preservato e idoneo ad essere trasmesso anche ai tempi a venire, in cui perciò non si abbiano più "diritti senza legge", rimessi per intero in ordine al loro riconoscimento ed alla loro tutela ad occasionali e non di rado improvvisati interventi regolatori (pur se circoscritti *quoad effectum*) dei giudici, in tal modo sovraccaricati di un peso e di una responsabilità, morale prima ancora che giuridica, che non possono (e non devono) da sé soli portare. Occorre, in breve, dotare il dialogo tra le Corti di un orientamento e di un verso che, negli ordinamenti a tradizione di diritto scritto, non possono che venire dalla legge, costituzionale in prima battuta e, a seguire, comune».

86. M. Luciani, da ultimo, in *Le salmerie della scienza giuridica*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n.2/2015.

87. v. sul punto, M.R. Morelli, *Contributo sul ruolo del giudice come garante dei diritti fondamentali della persona nello Stato costituzionale*, Intervento svolto in occasione del convegno organizzato dal Csm ad Agrigento in occasione del ventennale della morte di Rosario Livatino nei giorni 20-21 settembre 2011, su *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in [www.csm.it](http://www.csm.it): «... La decisione che il giudice adottasse in applicazione di una norma sostanzialmente da lui creata attraverso un uso surrettizio della interpretazione adeguatrice (non rispettoso dell'indicato limite di tolleranza del dato testuale) costituirebbe infatti un provvedimento *abnorme*, già come tale rimuovibile con gli strumenti processuali».

zia e snatura fortemente il ruolo, l'integrazione fra Costituzione e sistema normativo assicurata dalla Corte costituzionale e dalle Carte dei diritti fondamentali – costituenti, pur nell'ambito delle rispettive competenze, documenti tutti *intercostituzionali*<sup>88</sup> – insieme al controllo da parte della dottrina e dell'opinione pubblica<sup>89</sup> costituiscono, al pari della giustizia disciplinare, le condizioni di contesto perché la combinazione soggettiva tra scienza e coscienza non si trasformi in arbitrio individuale<sup>90</sup>. Per di più, è la stessa "processualità" dell'agire del giudice che ne distingue nettamente i connotati rispetto all'azione del legislatore<sup>91</sup> e che trova nella motivazione un "fidato servitore" della legalità del giudizio. Il rischio di imbattersi non in un giudice razionale e ragionevole, qual è il giudice "Ercole" di Dworkin, ma nel giudice ottuso o ideologico, deciso a far valere come evidenza del diritto, giustizia materiale insita nelle cose in sé, quella versione che è a lui più consona si vince, appunto, attraverso la motivazione che allontana il giudice dell'onnipotenza.

La ricognizione qui compiuta su un segmento, altamente significativo, del diritto vivente della Cassazione su temi eticamente sensibili, al di là della divisibilità nel merito delle soluzioni volta per volta espresse, sembra rassicurante nel metodo.

Professionalità, competenza e familiarità del giudice nazionale rispetto alle fonti sovranazionali e, in definitiva, ai diritti fondamentali sembrano essere la migliore risposta a quanti intravedono nell'agire giurisdizionale dei nostri giorni una pericolosa deriva verso forme di autoritarismo giudiziario. E' il metodo che si ricostruisce dall'esame dei singoli casi ed il *formalismo* dei percorsi seguiti dalla Cassazione – anche rispetto alle sollevate questioni di legittimità costituzionale – a fugare buona parte dei dubbi in ordine ai

possibile scostamenti dalle coordinate fissate dalla Costituzione.

È, ancora, l'approccio critico della giurisdizione al "patrimonio" dei diritti fondamentali – di matrice nazionale e sovranazionale – non rivolto ad esso con una prospettiva unidirezionale di servile appiattimento ma, al contrario, di realizzazione della massimizzazione delle tutele, laddove ciò sia necessario e dovuto e all'esito delle operazioni di bilanciamento rese necessarie in relazione ai casi a dimostrare quanto possa essere fecondo per le democrazie il dialogo fra le Corti.

I precedenti qui ricordati della Corte di cassazione sembrano, dunque, in buona parte dimostrare quanto il giudice di legittimità, attraverso un apparato motivazionale adeguato, abbia contribuito a realizzare un'armoniosa utilizzazione delle Carte dei diritti fondamentali, mostrando rigore nell'uso delle stesse anche rispetto al ruolo ed alla funzione della Corte costituzionale. Il che, d'altra parte, non vuol dire affatto che le decisioni assunte dal giudice di legittimità siano tutte da condividere "nel merito". Importa, semmai, che nella definizione delle vicende stesse quel giudice non abbia debordato dai confini ad esso propri.

Ciò che, a parere sommo di chi scrive, sembra essere in grado di depotenziare i timori e le preoccupazioni delle quali sembrava farsi interprete Corte cost. n. 49/2015 a proposito di un uso troppo disinvolto delle fonti sovranazionali e dei diritti viventi promananti dalle Corti internazionali<sup>92</sup>.

In conclusione, la figura del giudice *custode* dei diritti umani è il frutto di un processo di costituzionalizzazione del diritto reso concreto dalla Corte costituzionale<sup>93</sup> e culminato, per quel che riguarda la giurisdizione ordinaria, nel convegno Anm tenutosi

88. A. Ruggeri, *L'interpretazione conforme a Cedu: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registrati nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10/2015, 20 maggio 2015, anche in Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. XIX, studi dell'anno 2015, cit., pp. 277 ss.

89. A. Cerri, *Prolegomeni ad un discorso sull'indipendenza della magistratura*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Scritti in onore di Lorenza Carlassare, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, 2009, p. 1270.

90. G. Silvestri, *Scienza e coscienza due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir.publ.*, 2004, p. 438.

91. R. Romboli, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Intervento svolto in occasione del convegno organizzato dal Csm ad Agrigento in occasione del ventennale della morte di Rosario Livatino, cit., in [www.csm.it](http://www.csm.it): «... Intendo riferirmi al principio per cui il giudice deve agire solo dietro richiesta degli interessati (*ne procedat iudex ex officio*), al rispetto delle garanzie di imparzialità, alla tutela del contraddittorio, alla necessaria motivazione delle proprie decisioni. In tutto questo può ritenersi che si sostanzia oggi il significato del principio della soggezione del giudice alla legge (*rectius* al diritto)».

92. L. Salvato, *Relazione svolta alla tavola rotonda su Gli approdi della corte Edu in relazione al bilanciamento degli interessi coinvolgenti i diritti fondamentali: la vita, la riservatezza e la libertà di informazione, l'uguaglianza*, in [www.csm.it](http://www.csm.it).

93. R. Pinardi, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, IV, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009, pp. 1523 ss.



a Gardone nel 1965<sup>94</sup>, come ci ha ricordato Gabriella Luccioli con la sua esperienza di giudice-donna al servizio dei diritti e della dignità – della persona e della funzione giudiziaria –<sup>95</sup>.

Ciò non significa affatto espropriare la funzione legislativa delle sue prerogative, anzi. Proprio la (tendenziale) assenza del vincolo del precedente giurisprudenziale – sul quale è tornata di recente la Corte costituzionale con la sentenza n.230/2012<sup>96</sup> – impone alla normazione di fare la propria parte, tracciando il solco o la cornice entro cui gli indirizzi giurisprudenziali hanno quindi modo di affermarsi e svolgersi<sup>97</sup>.

Giudici, nazionali e sovranazionali, del resto, dimostrano sempre di più di essere capaci, con forme variegiate, di dialogare<sup>98</sup>.

Per un verso, infatti si riscontra la formalizzazione di strumenti capaci di costituire un ordinato canale di collegamento fra organi nazionali decentrati e giurisdizioni sovranazionali centralizzate. In questa di-

rezione, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e la possibilità di chiedere, da parte delle Alte giurisdizioni nazionali, un parere (anche se non vincolante) alla Grande Camera della Corte dei diritti umani sull'interpretazione della Cedu secondo le rime del Protocollo n. 16 annesso alla Cedu – ancora non efficace fino alla ratifica da parte di dieci Paesi aderenti al Consiglio d'Europa – costituiscono dei meccanismi in grado di ridurre i contrasti senza annientarli, mantenendo nei decisori nazionali di turno – anche in *fase discendente*, allorché si tratta di dare attuazione alle pronunzie del giudice europeo – fette consistenti di autonomia che possono essere tutte spese al servizio della più intensa tutela dei diritti fondamentali. Il Protocollo n. 16 sembra destinato a realizzare una rivoluzione copernicana negli ordinamenti – e nelle giurisdizioni – che hanno sempre vissuto con un notevole grado di ansia “la prova Strasburgo”. Il rapporto di complementarità fra giudice interno e giu-

94. S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 163 ss. Sul punto, v. volendo, G.R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit., 267 ss. V., anche le lucide considerazioni espresse a più riprese da E. Lamarque sul punto e, da ultimo, in *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari-Roma, 2012 ed in *L'interpretazione conforme alla Cedu da parte dei giudici comuni*, Relazione svolta l'11 gennaio 2013 al convegno organizzato dalla Formazione decentrata del Csm del Distretto della Corte di appello di Milano sul tema *La Corte europea dei diritti dell'uomo: il meccanismo di decisione della Cedu e i criteri d'interpretazione conforme*, in [www.ca.milano.giustizia.it/allegatocorsi.aspx?Fileidallegato=844](http://www.ca.milano.giustizia.it/allegatocorsi.aspx?Fileidallegato=844).

95. G. Luccioli, *Diario di una giudice*, op.cit., spec. p. 30: «Le acquisizioni raggiunte al Congresso di Gardone e nelle battaglie successive degli anni Settanta hanno portato all'affermazione di principi e valori che non possono considerarsi superati, ma mantengono oggi tutta la loro validità, in quanto costituiscono l'essenza stessa della giurisdizione. In particolare, il principio di eguaglianza di tutti i magistrati, saldamente ancorato al disposto costituzionale secondo il quale essi “si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni”. Il rispetto del principio del giudice naturale, inteso come fondamentale presidio dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge. Il ruolo della magistratura di garante dei diritti fondamentali di tutti i cittadini, e in particolare dei soggetti più deboli. L'impegno del giudice non più solo in direzione della conservazione dell'ordine giuridico esistente, ma anche per la promozione e attuazione dei precetti costituzionali. Infine, la consapevolezza della valenza politica dell'attività giudiziaria e della collocazione del giudice nella società».

96. A. Ruggeri, *L'“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra Cedu e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come “sistema”*, in [www.giurcost.org/studi/ruggeri24.pdf](http://www.giurcost.org/studi/ruggeri24.pdf); G. R. Conti, *Pensieri sparsi dopo il post scriptum di Antonio Ruggeri su Corte. cost. n. 230/2012*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); R. Rordorf, *Giudizio di cassazione. Nomofilachia e motivazione*, cit.

97. A. Ruggeri, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento “intercostituzionale”*, cit., p. 277.

98. Occorre qui ancora una volta lasciare spazio, senza nulla aggiungere, a A. Ruggeri, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XIX. Studi dell'anno 2015*, cit., p. 51, in nota 38: «... È proprio grazie al “dialogo” intergiurisprudenziale infatti che non di rado le Corti hanno modo di mettere a punto e, se del caso, correggere i propri orientamenti, nell'intento di innalzare fin dove possibile il livello di appagamento dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela, senza che dunque ciò debba di necessità tradursi[...] in una “denegata (o insufficiente) giustizia”. D'altro canto, che i singoli verdetti e gli indirizzi che gli stessi compongono siano “perfettabili” non mi pare che vada visto come un tratto negativo né della giurisdizione né di qualsivoglia altra funzione (a partire, ovviamente, da quella legislativa), non meritando – a me pare – di essere disprezzata l'aspirazione ad un accresciuto appagamento dei bisogni dell'uomo, specie di quelli più diffusamente ed intensamente avvertiti. Che poi siffatto appagamento possa in concreto ... appagare solo fino ad un certo punto non è certo colpa dei giudici che fanno unicamente ciò che possono fare, nei limiti delle competenze di cui dispongono e del loro ruolo che – come qui pure, e già altrove, mi sono sforzato di mostrare – è (e deve) ad ogni buon conto restare diverso da quello degli organi d'indirizzo. Sta di fatto (e gli esempi addotti, specie in relazione a questioni emergenti in ambito bioetico, ne danno eloquente testimonianza) che è difficile negare, per un verso, l'influenza che l'una Corte esercita sulle altre, testimoniata per *tabulas* dai fitti richiami che vicendevolmente si fanno, e, per un altro verso, la circostanza per cui, grazie al carattere duttile della struttura di molte pronunzie delle Corti materialmente costituzionali, che si limitano a fissare principi bisognosi di ulteriore svolgimento tanto da parte del legislatore che dei giudici, vengono naturalmente a comporsi quelle “catene” di atti giurisdizionali, di cui è parola nel testo. “Catene” che incessantemente si rinnovano negli elementi di cui si compongono, conformandosi ed adeguandosi alla varietà dei casi che ne giustificano l'adozione, e grazie alle quali si rende possibile la impegnativa e non di rado sofferta ricerca di quell'innalzamento del livello di tutela dei diritti, di cui si è venuti dicendo. Negare l'esistenza delle “catene” suddette, di cui – come si è veduto

dice di Strasburgo è correlato all'atteggiarsi di siffatto strumento *facoltativo e preventivo*, lo stesso prendendo corpo dalla scelta del giudice nazionale e che non intende né elidere le prerogative, né travolgere l'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Non è dunque un caso che la Corte di Strasburgo, per come previsto dai documenti preparatori del Protocollo, accetti di buon grado la "cooperazione" dei giudici nazionali sulla possibile interpretazione della Cedu<sup>99</sup>.

Per altro verso, vanno prendendo piede anche forme di dialogo, frutto di *soft law*, qual sono quelle fiorite dopo la firma del Protocollo d'intesa firmato dalla Corte di cassazione e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo l'11 dicembre 2015<sup>100</sup>.

In questo contesto, rimane spesso sulla schiena dei giudici nazionali la croce delle loro decisioni, anche quando è prevedibile che queste ultime possano risultare indigeste o laceranti.

Quando ciò accade non si può certo dire che il giudice si dimostri "infedele" alla Repubblica<sup>101</sup>.

Tutto ciò non significa sostituire il *giudiziario* al *legislativo*, né realizzare un *arbitrio giudiziario*, ma soltanto favorire un criterio di leale cooperazione fra i due poteri<sup>102</sup>.

Giustizia *povera*, come mi è capitato altra volta di dire, scegliendo l'accezione (nobile, in realtà) che a tale termine riconduce, per l'un verso, la condizione di infelicità, di gravità, di inanità del giudice rispetto alle vicende umane che gli vengono affidate, a ciò che tali vicende agita e al loro porsi sul piatto della giustizia, anzi

sui due piatti che la bilancia data in mano a un giudice tenta di fare restare in costante equilibrio. Ma che, anche, deve essere e apparire giustizia povera, *serva*<sup>103</sup> proprio perché impegnata al servizio di tutte quelle aspettative che sono alla base della dignità delle persone. Tali attese non possono acquietarsi con risposte notarili e burocratiche, meritando invece una giurisdizione che, pur senza fughe in avanti vertiginose e pur rimanendo assolutamente fedele ai valori stessi fissati dalla Costituzione e ai canoni fondamentali ad essa sottesi, come integrati e rigenerati incessantemente dalle Carte dei diritti fondamentali europee, offre di sé un'immagine adeguata alla società che la circonda.

Occorre, in definitiva, semplicemente guardare alle fonti sovranazionali con l'occhiale giusto.

Sarà allora sempre di più utile osservare il planetario dei diritti fondamentali con una lente non offuscata da "precondizionamenti" che impedirebbero di scrutare la ricchezza infinita delle costellazioni dei diritti, indagando con l'ottica giusta sul pluralismo delle fonti e sulle loro sempre più marcate interconnessioni, grazie alle quali si è reso possibile, nell'ordinamento interno, il raggiungimento progressivo di standard di tutela della persona e dei suoi valori inimmaginabili nel passato.

Questo atteggiamento è, forse, l'unico idoneo a porre riparo a quel galoppante disincanto che sembra attanagliare anche i più accorti guardando alle contraddizioni, ancora micidiali, che attanagliano talune realtà europee, afflitte da incredibili e ancora sottovalutati attacchi al cuore delle democrazie occidentali.

---

– si hanno crescenti riprove, temo che possa, a conti fatti, equivalere a non mettere a fuoco, come si deve, proprio l'essenza del "dialogo" intergiurisprudenziale ovvero darne una travisata o sottostimata rappresentazione.».

99. Proprio attraverso questi opinioni, del resto, potrebbero emergere elementi tali da rendere indefettibile la "risposta" della Corte europea, soprattutto quando il giudice nazionale esprima il proprio avviso facendo riferimento ai margini di apprezzamento che la stessa Corte riserva non infrequentemente agli Stati contraenti, già prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 15 annesso alla Cedu.

100. Il Protocollo firmato a Strasburgo nel dicembre 2015 dal Presidente della Corte di cassazione Giorgio Santacroce e dal Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo Guido Raimondi si è inserito nell'ampio panorama degli strumenti che offrono alle Corti nazionali e sovranazionali momenti di confronto fra le diverse istituzioni giudiziarie. In esito a tale intesa la Corte di cassazione ha aderito alla Rete delle Corti superiori costituita dalla Corte Edu con la firma del Protocollo di accordo sulla partecipazione alla rete delle Corti superiori della Corte suprema di cassazione d'Italia, avvenuta a Strasburgo lo scorso 26 maggio. Su obiettivi e prospettive di siffatta iniziativa v., di recente, A. Ruggeri, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, oltresia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, cit., p. 31, nota 80. V. si, pure, *Dialogando sui diritti, Corte di cassazione e Cedu a confronto*, Napoli, 2016. Tale volume ha raccolto i lavori preparatori del primo incontro della Cassazione con la Corte Edu svolto a Strasburgo il 26 maggio 2016.

101. G. R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 184. Sul dovere di fedeltà v. M.R. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013 e, con specifico riferimento al ruolo dell'interpretazione, p. 195 e p. 253. È però A. Ruggeri, ancora, a rilevare alcuni seguiti infedeli dati alle decisioni della Consulta.

102. Assai persuasivo, sul punto, G. Moschella, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, in *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 125 ss.

103. E. Lamarque, nel suo *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 244, individua il giudice come *Arlecchino servitore* di due padroni – Costituzioni e fonti esterne –. In *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 180, nota 18, ci è parso di dovere sottolineare come nell'espressione di giudice "servitore" debba essere marcato il significato estensivo del termine, che indica colui che con abnegazione e devozione si dedica ad un ideale.