



Centro di
Documentazione europea - UniCT



Università di Catania

I quaderni europei

Scienze giuridiche



LA PREMINENZA DEL DIRITTO NEL PROCESSO.
IL GIUSTO PROCESSO: DIRITTO DELLE PARTI
O DOVERE DEL GIUDICE?

Vitaliano Esposito

Ottobre 2014

n. 68

Vitaliano Esposito

La preminenza del diritto nel processo. Il giusto processo: diritto delle parti o dovere del giudice?

Università di Catania - *Online Working Paper* 2014/n. 68

URL: http://www.cde.unict.it/quadernieuropei/giuridiche/68_2014.pdf

© 2014 Vitaliano Esposito

Università degli Studi di Catania in collaborazione con il Centro di documentazione europea - *Online Working Paper*/ISSN 1973-7696

Periodico mensile registrato al Tribunale di Catania il 22 ottobre 2013 con il numero 15

Vitaliano Esposito, magistrato italiano. Procuratore generale della Corte suprema di cassazione dal 21 novembre 2008 al 13 aprile 2012, è attualmente componente, a titolo dell'Italia, della Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), organo del Consiglio d'Europa ed è stato Presidente della rete dei procuratori generali dell'Unione europea (2009-2011).

La collana *online* “*I quaderni europei*” raccoglie per sezioni (scienze giuridiche, scienza della politica e relazioni internazionali, economia, scienze linguistico-letterarie, energia e serie speciali per singoli eventi) i contributi scientifici di iniziative sulle tematiche dell'integrazione europea dalle più diverse prospettive, avviate da studiosi dell'Ateneo catanese o da studiosi di altre Università italiane e straniere ospiti nello stesso Ateneo.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su: <http://www.cde.unict.it/quadernieuropei>

Responsabile scientifico: Nicoletta Parisi

Comitato Scientifico: Fulvio Attinà - Vincenzo di Cataldo - Enrico Iachello - Bruno Montanari - Nicoletta Parisi - Roberto Pennisi - Giacomo Pignataro - Guido Raimondi – Pippo Ranci - Ilde Rizzo - Franco Romerio - Giuseppe Tesauro - Antonio Tizzano - Bert Van Roermund - John Vervaele - Joseph Weiler

Comitato di redazione: Annamaria Cutrona - Antonio Di Marco - Nadia Di Lorenzo - Giovanna Morso - Valentina Petralia - Chiara Raucea – Laura Rizza

Edito dall'Università degli Studi di Catania in collaborazione con il Centro di documentazione europea d'Ateneo.

Via Umberto, 285 B - 95129 – CATANIA

tel. ++39.095.8737802 - 3

fax ++39.095.8737856

www.cde.unict.it

**LA PREMINENZA DEL DIRITTO NEL PROCESSO.
IL GIUSTO PROCESSO: DIRITTO DELLE PARTI O DOVERE DEL GIUDICE?**

Vitaliano Esposito

Abstract

Il contributo, richiamandosi al principio della *Preminenza del diritto* quale canone fondamentale, che – unitamente alla democrazia ed al rispetto dei diritti umani – deve pervadere ed animare un ordinamento giuridico che voglia definirsi “sano”, richiama con forza l’esigenza generale della protezione dei diritti garantiti alla persona contro l’intervento arbitrario dei poteri pubblici e privati; protezione consacrata nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo e tradotta nel ripudio di una concezione totalitaria dello Stato a favore di una ricostruzione, assolutamente, ribaltata, del rapporto tra Persona e Stato, in funzione della quale oggi i diritti della persona richiedono – da parte dello Stato, inteso unitariamente e nelle sue varie articolazioni – un obbligo positivo, effettivo e concreto, di loro attuazione e tutela, non essendo più sufficiente, come pur una volta si riteneva, che lo Stato li lasci sviluppare nella sfera loro assegnata.

Partendo da queste premesse, l’Autore critica il mancato riconoscimento del principio della *Preminenza del diritto* che, confuso con il concetto (continentale) del *Primato della legge*, ha condotto al diniego della immediata applicabilità delle norme della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, ed al contempo denuncia quei meccanismi interni che, incidendo negativamente sull’effettivo godimento dei diritti fondamentali, hanno determinato una situazione di sostanziale ingiustizia.

In quest’ottica, la traduzione italiana della *Rule of law*, resa con l’espressione di “stato di diritto”, costituisce una deformazione del relativo concetto, andando contro l’essenza stessa del principio della *rule of law/prééminence du droit*, quale immanente alla Convenzione e quale elaborato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo al fine di interpretarne le singole norme.

A principi che mirano ad ampliare i diritti del singolo si oppongono, infatti, principi riduttori, che, senza annullare il contenuto del diritto in discussione, hanno la finalità di difendere le esigenze della collettività nel rispetto della libertà di cui ciascuno Stato dispone nella scelta dei mezzi attuativi dei suoi obblighi internazionali.

Si tratta di un modo di procedere il cui nucleo essenziale è fondato, da un lato, su di una interpretazione estensiva ed evolutiva dei diritti e, dall’altro, su di una interpretazione restrittiva delle limitazioni o dell’ingerenza dell’Autorità pubblica nel godimento di tali diritti.

Questo modo di procedere conduce a risultati diversi, se non addirittura opposti, rispetto a quelli cui perviene l’interprete che si basi sul criterio del bilanciamento degli interessi in gioco, tradizionalmente utilizzato dalla Corte costituzionale per valutare la legittimità costituzionale delle leggi sottoposte al suo esame.

Nel primo caso, invero, il diritto fondamentale può risultare compresso, ma mai svuotato del suo contenuto essenziale, nel secondo caso un diritto o addirittura un interesse può risultare addirittura tiranno rispetto al diritto fondamentale in discussione.

Nel primo caso l’uomo resta al centro dell’interesse del diritto, nel caso secondo prevale la ragion di Stato.

Ulteriore manifestazione del principio della preminenza del diritto è quella processuale, inerente al rispetto dei canoni del giusto processo; manifestazione particolarmente importante, perché funzionale anche al rispetto dei diritti fondamentali che in quel processo possono venire in discussione.

In questa funzione di garanzia del principio della preminenza del diritto, nella sua dimensione processuale, un ruolo fondamentale è svolto dal giudice, il quale è chiamato a garantire e attuare i diritti sanciti nella Convenzione. Tale dovere si articola in diverse fasi: dall’individuazione del diritto fondamentale che viene in discussione nel caso al suo esame, alla ricerca e individuazione della normativa interna che regola quel caso; all’interpretazione della norma interna che regola la materia in conformità del diritto fondamentale che viene in discussione.

In quest'ottica, la strada dei contro-limiti nazionali seguita dalla Corte costituzionale risulta quanto mai anacronistica e sta conducendo l'ordinamento italiano fuori del contesto di civiltà giuridica europea e che può rendere attuali le preoccupazioni di Pierre-Henri Teitgen, autentico Padre fondatore della Convenzione, sulla tentazione – all'intolleranza, alla sopraffazione, alla violenza – che si annida in tutte le società, anche nelle più progredite e nell'animo, purtroppo, di ogni uomo.

The paper, referring to the principles of the Rule of Law as a fundamental rule which - with the democracy and the respect of the human rights - has to pervade and animate a “healthy” legal order, strongly recalls the general need of the protection of the rights guaranteed to the person against the arbitrary intervention of public and private powers; the protection of human rights is sanctioned by the European Convention of human rights and turned out in the rejection of a conception of a totalitarian State in favor of a reconstruction of the relation between person and State, which is absolutely turned over. It is with the respect to this function that today the rights of the person request from the State - which is intended in all its different articulations – a positive, effective and concrete obligation of implementation and protection, as it is not sufficient, as before, that the State let them develop in a field which was assigned them.

Starting from these premises, the Author criticizes the missed recognition of the principle of the *Rule of law*, which, confused with the concept (continental) of the “supremacy of the law”, takes to the denial of the immediate application of the rules of the European Convention of human rights in the Italian legal order and, at the same time, denounces those inner mechanisms, that negatively influencing the effective enjoyment of the fundamental rights, have determined a situation of substantial injustice.

From this point of view, the Italian translation of the concept *rule of law*, translated with the expression “stato di diritto”, represents a distortion of the concept itself and it is an element which goes against the real essence of the principle of the *rule of law/prééminence du droit*, as it is inherent to the Convention and is elaborated by the European Court of human rights in order to interpret each rules.

To principles aiming at increasing individual rights are opposed reducing principles which, without annulling the content of the right discussed, aim at defending the needs of the collectivity in the respect of the freedom of each State when choosing the executive means of its international obligations.

It is a way of proceeding whose essential core is founded, on one hand, on an extensive and evolutive interpretation of the rights and, on the other hand, on a restrictive interpretation of the limitation or interference of Public Authority in the enjoyment of these rights.

This way of proceeding takes to different results, which are even opposed to those from which the interpreter comes. He refers to the criterion of the “balance of interests”, traditionally used by the Constitutional Court to evaluate the constitutional legitimacy of the laws submitted to its examination.

In the first case, in fact, the fundamental right can result compressed, but never emptied of its essential content; in the second case a right or an interest can even results tyrant with respect to the fundamental right discussed.

In the first case the man remains at the center of the right's interest, in the second case the reason of State prevails.

A further manifestation of the rule of law is the trial one, which is inherent to the respect of the canons of fair trial. It is important because it is functional to the respect of the fundamental rights which in that trial can be discussed.

In the guarantee function of the principle of the Rule of law, and in particular in its trial dimension, a fundamental role is carried out by the judge, who is called to guarantee and to put into practice the rights sanctioned by the Convention. This duty consists of different stages: from the individuation of the fundamental right which is discussed in the case examined, to the research and individuation of the national rules which regulate that case; from the interpretation of the national rule which regulate the subject in accordance with the fundamental right discussed.

From this point of view, the street of “counter – limits” followed by the Constitutional Court results as much as never anachronistic and it is taking the Italian legal order outside the context of the European legal civilization. It can also make real Pierre-Henri Teitgen's preoccupations, the true founder of the

Convention, on the temptation – to intolerance, overwhelming, violence – which is nested in all societies, also the most developed ones, and unfortunately, in the mind of each man.

Keywords

Preminenza del diritto - stato di diritto - diritti fondamentali della persona - immediata applicabilità della convenzione europea dei diritti dell'uomo - controlimiti

Rule of law - fundamental human rights - immediate application of the European Convention of human rights - counter – limits

**LA PREMINENZA DEL DIRITTO NEL PROCESSO.
IL GIUSTO PROCESSO: DIRITTO DELLE PARTI O DOVERE DEL GIUDICE?***

di Vitaliano Esposito

Parte I

Sono particolarmente lieto ed onorato per la presenza degli onorevoli Segretari di Stato alla Giustizia ed alla Cultura, perché oggi parleremo, in materia giuridica, di un fatto culturale.

La cultura del giusto processo; cultura espressa dal principio della preminenza del diritto. La preminenza del diritto, orgoglio culturale europeo. E ne parleremo mentre in questa bella giornata nel cielo di San Marino sembra volteggiare un uccello mitologico. L'araba fenice: il sacro uccello dal meraviglioso piumaggio, che rinasce dalle sue ceneri. L'araba fenice, che, si ripresenta, nel campo giuridico, sotto l'aspetto del principio della preminenza del diritto.

Il principio della *Rule of Law*¹, della sovranità del diritto².

La sovranità di cui parla Antigone. La preminenza del Diritto, non della legge di Creonte³.

La preminenza del diritto sull'arbitrio, che si è imposta anche ai Sovrani e si impone oggi ai Governi delle nazioni.

Il sacro uccello che segna il livello più alto delle civiltà dei popoli e che, nell'alternarsi dei corsi e ricorsi storici, cede ciclicamente alla inesorabile forza della Ragion di Stato – oggi camuffata sotto l'effigie dello Stato di diritto – per poi risorgere dalle proprie ceneri ed accompagnare il cammino della società verso un livello superiore.

E ciò almeno a partire dal 1215, quando sul prato di Runnymede, nella Contea di Surrey, impose al Re Giovanni, detto senza terra, la *Magna charta libertatum*⁴.

*Relazione tenuta a San Marino l'11 ottobre 2014.

¹ Il motto del Metastasio sull'araba fenice: «che ci sia qualcun lo dice, dove sia nessun lo sa», sembra riecheggiare nelle parole di Brian Tamanaha, che ha descritto la *Rule of Law* come una “nozione eccessivamente elusiva” che ha dato adito ad una “rampante divergenza di comprensioni”, nel senso “che tutti sono in suo favore, ma ognuno ha convinzioni contrastanti su cosa sia”.

² Il principio della sovranità del diritto si ritrova nelle parole di orgoglio che Thomas Paine – l'indimenticato autore di quel *best-seller* (il *Senso comune*: 500.000 copie nel 1776) che infiammò i coloni americani (di quei 13 Stati che non superavano i 12 milioni di abitanti) e che successivamente sfuggì in Francia alla ghigliottina solo per la morte di Robespierre – pronunciò, nel 1776, al momento della Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti: «oggi in America il Sovrano è il Diritto. Come nei governi assoluti il Sovrano è la legge, così nei paesi liberi la legge deve essere il sovrano e non ve ne deve essere alcun altro».

³ Il diritto di Aristotele, di Cicerone, di Tito Livio – *imperia legum potentiora quam hominum* – di San Tommaso d'Aquino, di Immanuel Kant.

⁴ In Inghilterra l'imposizione di limiti al potere sovrano, avvenne, a differenza che sul continente, attraverso un processo storico graduale che risale, appunto, alla *Magna Charta*. La forza, in quel Paese, del principio del *Rule of Law* – ossia la forza del diritto contro l'arroganza del potere – fu tale da costringere il Re, nel 1679, a riconoscere formalmente il principio dell'*Habeas corpus*, già nella pratica applicata dai giudici sin dall'epoca della *Magna Carta*. Inoltre, nel 1689, il Re, con il *Bill of Rights Act*, fu costretto ad ammettere – proprio in conseguenza di gravi violazioni del principio dell'*Habeas corpus* – «l'illegalità del preteso potere di sospendere le leggi o l'esecuzione delle leggi da parte dell'autorità reale, senza il consenso del Parlamento». Aveva osservato Voltaire – ammiratore della libertà di espressione che regnava in quel Paese – che, con la proclamazione di quell' “atto”, che, come è detto nel suo titolo, “dichiara i diritti e le libertà dei sudditi”, il Monarca, era stato ridotto al ruolo di *subarbitre de la Nation* ed aveva sottolineato la duplice eredità che quel sovvertimento aveva determinato: da un lato il passaggio ad una monarchia costituzionale e la valorizzazione dei diritti del Parlamento contro l'arbitrio reale, dall'altro l'inseparabilità della libertà dal diritto; vivere sotto l'impero del diritto, significa vivere da uomo libero, perché compito del diritto è proteggere la libertà, l'eguaglianza, la proprietà delle persone. Ispiratore della *Dichiarazione* era stato John Locke, che nella sua fondamentale opera, *Il secondo trattato sul Governo*, elaborò le linee direttrici di quella duplice rivoluzione culturale, che era stata conseguenza della seconda rivoluzione inglese, quella che è passata alla storia sotto il nome della *Glorious Revolution* ed alla quale egli aveva partecipato. Le sue idee di libertà furono trasformate nel *manifesto* degli illuministi da Voltaire con le sue *Lettres Philosophiques*. Ma il principio informatore della *Rule of Law* “non riuscì” a penetrare nel continente ove prevalsero le idee di Rousseau della legge come volontà generale del popolo sovrano espressa attraverso il concetto unificante della nazione (preludio della nozione di Stato di diritto) e quelle di Montesquieu sulla divisione dei poteri per eliminare l'insidia del potere giudiziario e ridurre il giudice a *bouche de la loi*. Locke trovò la sua sponda aldilà dell'Atlantico, negli Stati Uniti, in Thomas Jefferson, autore, con George Mason, della Dichiarazione dei diritti e della Costituzione della Virginia (cfr. la nota che segue); documenti che consacrano - accanto ai diritti di godere della vita e della libertà con il modo di acquisire e di possedere delle proprietà – anche quello di cercare e di ottenere la felicità e la sicurezza. La *Rule of Law* fu quindi umanizzata ed arricchita del *Due Process of Law*, ossia dalle regole del giusto processo. La ventata unificatrice dei diversi sistemi parte, incredibilmente, da Napoli. Parte da Gaetano Filangieri, che ha un intenso scambio di corrispondenza con Benjamin Franklin e che, con la sua *Scienza della legislazione*, e con gli scritti in materia di prova penale del suo amico Mario Pagano, influenza sia la Dichiarazione di indipendenza del 1776 che la Costituzione degli Stati Uniti del 1787 ed attraverso questi documenti – arricchiti dai famosi primi dieci Emendamenti alla

Invocata dai coloni contro l'arroganza della Corona, attraversò l'Atlantico ed ispirò, nel 1776, la *Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America*, momento di trasformazione della lotta per la difesa dei diritti in autentica rivoluzione contro la madre Patria⁵.

Umanizzata – su influenza del napoletano Gaetano Filangieri – del diritto alla ricerca della felicità⁶, ed ulteriormente arricchita, con gli emendamenti alla *Costituzione degli Stati Uniti*, del *Due Process of Law*⁷ - cioè delle regole del giusto processo – rientrò sul Continente, solo parzialmente influenzando, in Francia, la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, per poi irradiarsi nel mondo con la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948, preludio della *Convenzione europea* del 1950⁸.

Riemerso dalle ceneri della guerra, il sacro uccello vive oggi nella *Maison de l'Europe*, a Strasburgo, sede del Consiglio d'Europa, nel cui Statuto la preminenza del diritto è stata solennemente riaffermata nel 1949⁹.

Prodotto della storia delle istituzioni inglesi e divenuto valore fondamentale del mondo occidentale, la preminenza del diritto – la *prééminence du droit* del testo francese della Convenzione – consacra (non diversamente dall'espressione *Rule of Law*, che figura nel testo inglese) l'esigenza generale della protezione dei diritti garantiti alla persona contro l'intervento arbitrario dei poteri pubblici e privati¹⁰.

Esigenza che irradia tutta la Convenzione, e che è con insistenza proclamata nella giurisprudenza della Corte, che anima e di cui è il principio ispiratore¹¹.

Costituzione contenuti nel *Bill of Rights* del 1791 – «ritorna in Europa, ove, però, si scontra, con la dottrina tedesca della *Rechtsstaat*, rielaborata dal ceco Hans Kelsen e tradotta in Francia con l'espressione *Etat de droit*» (cfr., *infra*, note 15, 17 ed altre ivi richiamate).

⁵ La Dichiarazione, siglata il 4 luglio 1776, prima manifestazione anticoloniale dell'epoca moderna, faceva seguito alla Dichiarazione dei diritti della Virginia del 12 giugno ed alla Costituzione della Virginia del 6 maggio-29 giugno dello stesso anno (cfr. la nota precedente). Per indicare le ragioni per cui erano stati costretti alla secessione, i Padri fondatori affermarono: «Noi riteniamo che le seguenti verità siano per sé stesse evidenti: che tutti gli uomini sono stati creati uguali; che essi sono stati dotati dal loro Creatore di alcuni diritti inalienabili; che tra questi diritti vi sono la Vita, la Libertà e la ricerca della Felicità».

⁶ Cfr. le precedenti note.

⁷ Cfr. le precedenti note.

⁸ Nel preambolo del testo inglese: «Being resolved, as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration». Ed in quello francese: «Résolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle».

⁹ Nel preambolo del testo inglese: «Reaffirming their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy»; ed in quello francese «Inébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable»; all'articolo 3 del testo inglese: «Every member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively in the realisation of the aim of the Council as specified in Chapter I»; ed in quello francese: «Tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'engage à collaborer sincèrement et activement à la poursuite du but défini au chapitre I^{er}».

¹⁰ Cfr., in particolare, sentenze del 25 marzo 1983, *Silver* e del 2 agosto 1984, *Malone*. È, però, interessante notare come l'Europa, non diversamente dall'araba fenice, sia risorta dalle sue ceneri. Come, infatti, rileva Daniel Thurer, le istituzioni europee non sono state create per una reazione di resistenza all'arroganza del potere, dell'arbitrio o dell'inefficacia dei re, degli aristocratici, dei dittatori o delle autorità ecclesiastiche – come era avvenuto per la maggior parte delle costituzioni nazionali. Esse, aggiunge Thurer, sono state create sullo *choc* e sul vuoto totale prodotto dalle atrocità della seconda guerra mondiale, e riposano sulla base di una volontà comune, di un consenso attivo degli Stati fondatori. Per comprendere lo spirito con cui venne istituito il Consiglio d'Europa e creata la Convenzione, sarebbe opportuno rileggere gli appassionati interventi, nel corso dei lavori preparatori di Pierre Henri Teitgen, che, al pari di Altiero Spinelli, riconduceva al rafforzamento illimitato della sovranità nazionale la causa dell'ascesa dei regimi dittatoriali e dei conflitti della prima metà del secolo scorso e che fortemente volle la Convenzione, convinto che solo il rispetto effettivo dei diritti umani in una società democratica ed il controllo effettivo sul rispetto dei diritti umani potessero salvaguardare la pace nel mondo. Quando, nel corso dei lavori preparatori, gli fu fatto osservare che occorreva tenere conto della sovranità dello Stato e non dare competenza ad una giurisdizione europea per controllare le legislazioni interne, gli atti esecutivi o giudiziari dei governi dell'Europa, pretendendo che ciò attentava alla sovranità degli Stati, così rispose mi sia permesso di dire, cari colleghi, che la sovranità degli Stati si legge da due lati. Il rovescio della medaglia è molto bello e, può darsi, molto grande. Il diritto significa, qualche volta e soprattutto oggi, la solitudine e la miseria. La solitudine e la miseria significa anche la guerra. Infine, quando noi vogliamo garantire e proteggere le libertà in Europa, non si tratta di diminuire la sovranità di uno Stato in rapporto ad un altro Stato, di dare preminenza ad uno Stato sull'altro. Si tratta di limitare la sovranità degli Stati dal lato del diritto e da questo lato tutte le limitazioni sono permesse. Ma è possibile – aggiunse anni dopo nelle sue memorie – che non si comprenda che la sovranità che noi volevamo non è la sovranità dei governi o delle nazioni: è la sovranità della giustizia e della legge per promuovere e conservare la pace tra gli Stati.

¹¹ La soppressa Commissione europea dei diritti dell'uomo ha evocato la preminenza del diritto sin dal suo celebre rapporto nel caso *Lawless contro l'Irlanda* del 16 dicembre 1960. La Corte, a partire dalla sentenza nel caso *Golder contro il Regno Unito* del 21 febbraio 1975, ha sempre invocato questo principio in tutti i suoi grandi arresti. È stato osservato che dal 1975 (data della sentenza *Golder*) al 1° novembre

Il principio ispiratore di ogni articolo, come tiene a precisare la Corte europea¹².

Essa costituisce – al di là della sua funzione di strumento privilegiato di interpretazione estensiva della Convenzione – una fonte autonoma del diritto europeo dei diritti umani.

In Italia la nozione di preminenza del diritto è quasi del tutto ignota¹³, quando non è scambiata con quella di primato della legge. Così come la *Rule of Law* è confusa con la nozione di “Stato di diritto”¹⁴.

Si confonde il giorno con la notte. La luce con le tenebre.

L'inarrestabile ed oramai incontrollabile declino della giurisprudenza italiana¹⁵ sta straziando il principio della preminenza del diritto – unica difesa contro l'arbitrio – dopo che la Corte costituzionale, con le sue sentenze, “gemelle ma non monozigote”, del 2007, aveva spodestato la *Convenzione* dal centro del sistema planetario di tutela dei diritti umani¹⁶.

1998 (data di funzionamento della Corte unica in conseguenza dell'entrata in vigore del protocollo n. 11) la menzione del principio figurava nella motivazione in diritto di almeno 50 sentenze della Corte e che questa cifra si era raddoppiata nel solo anno 2010.

¹² Ad esempio, in ordine al rispetto della vita privata tutelata dall'articolo 8 della Convenzione, la Corte ha ripetutamente chiarito che questa disposizione «tende essenzialmente e a premunire l'individuo contro le ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, aggiungendo che questa disposizione non si contenta di ordinare allo Stato di astenersi da tali ingerenze: a questo impegno piuttosto negativo, possono aggiungersi obblighi positivi inerenti ad un rispetto effettivo della vita privata e familiare. Questi possono implicare l'adozione di misure miranti al rispetto della vita privata persino nelle relazioni degli individui tra loro». Per questa strada – seguendo la teoria tedesca della *Drittwirkung* – la Corte ci dice che il privato deve rispettare i diritti fondamentali nelle sue private relazioni e che lo Stato può essere internazionalmente responsabile per fatti commessi da privati nel corso di tali relazioni. Strada ancor lunga da percorrere, ma che legando la vita privata al rispetto da parte dello Stato e dei privati, dei relativi obblighi positivi di tutela, ha consentito lo scioglimento di non pochi lacci e laccioli che impedivano il libero sviluppo della personalità ed ha reso «la Convenzione, uno strumento vivente da interpretare alla luce delle condizioni di vita attuali».

¹³ Come risulta anche da una semplice ricerca su *internet*, in cui se si ricerca l'espressione “Preminenza del diritto”, il risultato è il rinvio alla voce “primato del diritto”. Se, però, sul motore di ricerca *google fr.*, si fa una ricerca su *préeminence du droit*, compaiono tante di quelle pubblicazioni da riempire interi scaffali del reparto di una buona biblioteca. E lo stesso avviene se, sullo stesso motore, si effettuano ricerche sulle espressioni *Rule of Law* o *Rechtsstaat*. Se poi si prova, tramite i vari motori di ricerca, a rendere in italiano l'espressione *Rule of Law*, la risposta è sempre “stato di diritto”, con la conseguenza che la “preminenza del diritto” non ha cittadinanza nella cultura italiana.

¹⁴ È opportuno premettere che nelle espressioni *Rule of Law*, *préeminence du droit*, manca qualsiasi riferimento alla parola “Stato”, che figura, invece, nelle espressioni francesi e tedesche di *Etat de droit*, *Rechtsstaat*, che sono l'una dell'altra la pedissequa traduzione testuale (cfr., *infra*, nota 50). Nei fatti *Rule of Law*, *Etat de droit*, *Rechtsstaat*, hanno espresso, ciascuno in modo autonomo e con diverso sviluppo storico, l'idea della supremazia del diritto che fa parte del patrimonio culturale comune dell'Europa occidentale. Il nucleo essenziale di questo patrimonio comune si è tradotto nei principi della moderna *Rule of Law* che vivifica la Convenzione europea – nel cui testo francese il principio è stato reso, come si è visto, con l'espressione *préeminence du droit* – e che, giova ripeterlo, costituisce, con il rispetto dei diritti umani, la forza che avvince le democrazie europee e la griglia per verificare l'effettiva osservanza dei diritti fondamentali in ciascun Paese. La protezione contro l'arbitrio è assicurata dal giudice che, dal basso, verifica la conformità della legge (emanata dagli organi competenti di ciascun Paese) ai principi cui quella legge dovrebbe ispirarsi; principi che sono comuni a tutti i Paesi europei e che sono espressi dalla Convenzione, quale essa vive attraverso la giurisprudenza della Corte. La nozione di *Rechtsstaat* sposta l'accento dal giudice alle costituzioni scritte ed il suo principale teorico, Robert von Mohl vede nel corpo legislativo la protezione contro l'assolutismo. La concezione dello “Stato di diritto” ancor oggi prevalente in Francia ed in Italia si traduce nell'immagine di uno Stato la cui azione è interamente inquadrata e retta dal diritto (*Etat par le Droit*). Di uno Stato, sottoposto ad un “regime di diritto”, i cui organi per agire hanno bisogno di una investitura giuridica che concerne anche le modalità della loro azione. Carré de Malberg, ha associato, agli inizi del '900 l'*Etat de droit* al controllo di costituzionalità della legislazione ordinaria. La protezione contro l'arbitrio è affidata non al giudice (che deve solo applicare le leggi), ma allo stesso corpo legislativo, organizzato gerarchicamente secondo la nota “piramide” di Hans Kelsen. Ma si tratta di una concezione giuridico-istituzionale, di carattere meramente formale che, purtroppo, si è oramai mondializzata, e che serve solo a dare apparenza di legittimità ad ogni potere dello Stato. Ma essa non ha nulla a che vedere con la moderna elaborazione della *Rule of Law/préeminence du droit* che si esprime, in italiano con l'espressione di “Preminenza del diritto”, in tedesco con quella di *Rechtsstaatlichkeit besitzen*, in portoghese con quella di *primado do direito*, in spagnolo con quella di *primacia del Derecho* (così come risulta dalle traduzioni ufficiali depositate presso il Segretariato generale del Consiglio d'Europa).

¹⁵ Cfr. l'impetosa nota di G. ROMEO, *Derubricazione del reato e oblazione: l'imputato come novello Nostradamus?*, in *DPC*, 2014, 16 settembre 2014, alla sentenza del 26 giugno 2014 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione. Il modo di impostare e di risolvere la questione da parte delle Sezioni Unite, è significativo – come dice Romeo – di una malcelata insoddisfazione verso tutto ciò che viene d'Oltralpe. Si trattava di esaminare i rapporti, proprio in tema di giusto processo, tra la normativa interna e quella sovranazionale e di verificare la compatibilità della soluzione adottata con la giurisprudenza di Strasburgo, che quella soluzione aveva già sostanzialmente bocciato. E la complessa – e dirimente – questione viene relegata a margine della motivazione come se la soluzione orbitasse esclusivamente – come pure dice Romeo – «intorno a parametri di diritto domestico e quelli di diritto sopranazionale fossero una specie di fastidioso *optional* da trattare con studiata sufficienza».

¹⁶ Cfr., per un esame della complessa e delicata situazione, *infra*, note 18, 25, 26, 29, 30, 31 e 32. Anticipando il convincimento su singoli punti espresso nelle indicate note, sembra opportuno premettere che lo scrivente è da oltre trent'anni convinto che in ordine al sistema di tutela convenzionale dei diritti umani non si è in presenza di due ordinamenti – o, come suol dirsi di una tutela multilivello – ma di un ordinamento unico, quello nazionale, che, in materia di diritti dell'uomo, si è “espanso” e che convive con gli altri ordinamenti nazionali aderenti alla Convenzione, secondo il sistema della rete giudiziaria, sotto l'egida della Corte europea, che assicura, al tempo stesso, la tutela del “patrimonio comune” costituito dall' “ordine pubblico europeo” e lo sviluppo dell'identità europea, basata su valori condivisi, che trascendono le diversità culturali. Dall'attenta ricostruzione del sistema convenzionale dovrebbe risultare chiara l'esistenza, simultanea e

E ciò è avvenuto, per via pretoria, riportando al sistema tolemaico il rapporto tra Stato e Persona, che la rivoluzione copernicana operata dalla Convenzione, aveva capovolto¹⁷.

Ma forse a San Marino può rivivere un sogno di immortalità.

A me sembra, infatti, veder volare nel cielo di San Marino il nostro uccello dal variegato piumaggio¹⁸.

Si libra su di un Paese in cui la Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese¹⁹, fornisce a voi, giovani e giovani da più tempo, professionisti e laureati, praticanti avvocato e notaio, lo strumento per attuare una autentica rivoluzione culturale.

Una rivoluzione culturale che parte dal fermo proposito – espresso all'articolo 1 della Dichiarazione – di ripudiare ogni concezione totalitaria dello Stato²⁰.

complementare, di una disciplina, interna e sovranazionale, in materia di diritti dell'uomo; ossia l'esistenza simultanea in uno stesso ordinamento giuridico "espanso" di regole di diversa origine applicabili alla stessa situazione. Cfr. la nota che segue.

¹⁷ La coesistenza di diversi ordinamenti può plasticamente rendersi con la visione cosmologica di Giordano Bruno dell'universo infinito, popolato da innumerevoli sistemi e mondi dispersi in un unico illimitato cielo. Quest'ordine di idee (cfr. la precedente nota) non è stato neanche preso in considerazione da una delle sentenze del 2007 (quella n. 348), che, dopo aver premesso che «con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sovranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione», ha affermato che «la Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce, quindi, norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri» (punto 3.3). Nelle indicate note si ritornerà sul punto; qui si osserva solo: - 1) che dalla Convenzione derivano per lo Stato non già solo "obblighi" nei confronti della comunità internazionale (come avviene generalmente nei trattati), ma "obblighi" correlati a "diritti soggettivi pubblici", giustiziabili sia a livello nazionale che sovranazionale; - 2) che l'imposizione "dall'alto" (per il tramite di organi deliberativi) di "norme vincolanti per tutte le autorità interne degli Stati membri", non sembra essere la sola strada significativa di "incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto". Lo stesso effetto può, invero, essere riconosciuto alla creazione, partendo "dal basso" (cioè dall'attività del giudice nazionale), di "norme vincolanti" – di origine giurisprudenziale – "per tutte le autorità interne degli Stati membri" da parte della Corte europea, le cui decisioni hanno valore *erga omnes*, nei confronti cioè di tutti gli Stati aderenti alla Convenzione. (cd. valore di "cosa interpretata" delle sentenze della Corte europea, laddove la decisione ha valore di "cosa giudicata" nei confronti dello Stato tratto in causa). Sul punto, la "gemella" 349 non appare del tutto "monozigota", specie in ordine all'insussistenza di un "ordinamento giuridico sovranazionale". Questa sentenza, invero, dopo aver sottolineato quella che ritiene "la peculiarità della CEDU rispetto alla generalità degli accordi internazionali" – peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti – aggiunge che «questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali: l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza "si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste" dalla medesima (articolo 32, comma 1, della CEDU)». Sebbene molto attenuata in quest'ultima decisione, sembra comunque apparire evidente l'indifferenza della Corte – chiaramente legata ad una concezione giuridico-costituzionale di piena aderenza ai canoni tradizionali dello "Stato di diritto" – alla autentica "rivoluzione copernicana" attuata dalla Convenzione nel rapporto tra Stato e cittadini (o, meglio, persone sottoposte alla sua giurisdizione), con la configurazione di un nuovo *status* dell'individuo nella comunità internazionale, non più "suddito", ma titolare del diritto al rispetto degli obblighi assunti dallo Stato; diritto tutelabile all'interno dello Stato (*ex* articoli 1 e 13 della Convenzione) e, se del caso, a livello sovranazionale, mediante ricorso alla Corte europea (*ex* articoli 19 e 34 Convenzione).

¹⁸ Devo confessare che quando il mio amico Gilberto Felici – Commissario della legge a San Marino e mio collega nella Commission européenne contre le racisme e l'intolérance – mi propose l'invito a San Marino per una conversazione sulla *préminence du droit*, pensai ad una congiuntura astrale favorevole. E mi sovvenne del discorso che, il 1° ottobre 1948, Piero Calamandrei aveva pronunciato, in occasione dell'ingresso dei nuovi capitani reggenti. Il titolo del discorso di uno dei Padri fondatori della nuova costituzione democratica italiana – proprio allora varata – era: *San Marino, esempio europeo*. E mi incuriosiva di come si potesse parlare di "esempio europeo", per uno Stato, a quel momento, fermo al medio evo, quanto ad istituzioni. La mia curiosità era acuita dal fatto che quel guizzo di Calamandrei mi aveva riportato ai miei vent'anni, quando, fulminato dal grande Bartolo, mi ero appassionato al diritto comune ed avevo preparato la mia tesi di laurea sulle *Consuetudini di Napoli del 1306 e l'epoca della loro formazione*. Consuetudine e diritto comune, fonti ancor oggi del diritto civile in San Marino. E la mia curiosità era fomentata anche dall'espressione utilizzata da Vittorio Scialoja – nella sentenza da lui redatta nel 1924 – per indicare cosa si debba intendere per diritto comune quale vigente in questa serenissima Repubblica. Ed invero nella decisione del 12 agosto 1924 il Giudice delle Appellazioni così si esprime: «il diritto comune non è il diritto romano giustiniano, ma quel diritto che si venne formando e svolgendo sulla base del diritto romano, del diritto canonico e della consuetudine, negli Stati più civili del continente europeo e in particolar modo in Italia. Esso deve ricercarsi negli scritti dei più autorevoli giureconsulti e nelle decisioni dei più rinomati Tribunali». Nell'accentuare l'importanza della giurisprudenza quale fonte di produzione, in via di fatto, del diritto, Scialoja sembrava voler apparentare le radici dell'ordinamento di San Marino a quelle proprie degli ordinamenti di *common law*. A quegli ordinamenti dominati dalla *Rule of Law*, dal "regno del diritto", dalla "preminenza del diritto", dove la sostanza prevale sulla forma, dove il diritto si forma partendo dal basso per opera della giurisprudenza e non è imposta dall'alto, come nell'esempio della piramide di *Kelsen*, dello "Stato di diritto", che conduce a legittimare persino il nazismo.

¹⁹ A San Marino, può risorgere dalle sue ceneri il sacro uccello della preminenza del diritto, proprio perché lo stesso è stato vivificato dalla solenne Dichiarazione che ha reso ontologico al suo ordinamento questo principio; principio che costituisce il cardine dell'interpretazione delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Proposito che la storia ha dimostrato essersi realizzato in quella solida base su cui oggi il terzo ed il quarto comma dell'articolo 2 della Dichiarazione hanno innalzato il duplice vessillo del primato del diritto convenzionale e del principio della preminenza del diritto.

Leggiamo insieme il testo di queste autentiche pietre angolari del vostro ordinamento: l'ordinamento sammarinese riconosce, garantisce ed attua i diritti e le libertà fondamentali enunciate nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Gli accordi internazionali in tema di protezione delle libertà e dei diritti dell'uomo, regolarmente stipulati e resi esecutivi, prevalgono in caso di contrasto sulle norme interne.

Stupefacente!

San Marino, con il terzo comma dell'articolo 2 della Dichiarazione, infrange inesorabilmente uno dei principali tabù del diritto internazionale: il principio classico di protezione dei diritti civili e politici.

Quello, secondo cui questi diritti erano sufficientemente protetti quando lo Stato li lasciava sviluppare nella sfera che era stata loro assegnata.

L'arma di cui San Marino si è dotata per frantumare questo principio è la stessa forgiata, per la medesima finalità, dalla Corte europea dei diritti umani: l'obbligo positivo di attuazione e di tutela dei diritti fondamentali.

La finalità della Convenzione – ha ammonito la Corte – consiste nel proteggere diritti non già teorici o illusori, ma concreti ed effettivi ed in materia di diritti umani lo Stato – e per esso l'organo che ha la disponibilità del procedimento – non deve rimanere passivo di fronte agli obblighi assunti, ma deve adottare le misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti riconosciuti²¹.

Questo obbligo positivo costituisce il più rilevante degli effetti giuridici che si sono verificati nei sistemi giuridici dei Paesi aderenti alla Convenzione europea in conseguenza dell'inserimento delle disposizioni della Convenzione nel loro ordinamento interno²².

Ma San Marino è andato ben oltre.

Con il quarto comma l'ordinamento di San Marino riconosce alle disposizioni della Convenzione europea non solo il cosiddetto effetto diretto e la loro diretta applicabilità, ma anche l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna con tali disposizioni contrastanti²³.

Con queste due disposizioni, quindi, la Repubblica di San Marino riconosce il primato del diritto convenzionale rispetto al diritto interno. Il primato, cioè dei diritti riconosciuti dalla Convenzione quale essi vivono nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo.

Incredibile e meraviglioso!

Meraviglioso perché al diritto convenzionale – ai diritti fondamentali della persona – questa Serenissima repubblica riconosce quel primato che a tale diritto in Italia non è riconosciuto²⁴.

²⁰ Proposito che riecheggia nelle orgogliose parole che Robert Schuman – straordinario assertore con Konrad Adenauer, e Alcide De Gasperi dell'unità europea – pronunciò il 4 novembre 1950, a Roma, al momento della firma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quando affermò: «la Convenzione costituisce il fondamento sul quale noi vogliamo collocare la difesa della persona umana contro tutte le tirannie e contro tutti i totalitarismi».

²¹ Cfr., tra le tante, Corte europea, la fondamentale sentenza *Airey* del 9 ottobre 1979; sentenza *Lopez Ostra* del 9 dicembre 1994.

²² L'impostazione di ogni problema in tema di diritti umani deve oggi essere effettuata sulla falsariga della teoria degli "effetti dei diritti fondamentali", elaborata dalla dottrina tedesca (*Grundrechtswirkungen* o *Grundrechtsfunktionen*) ed in Germania fatta propria dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, cui si è ispirata, lasciandosi ampiamente influenzare, la Corte europea dei diritti dell'uomo. In Italia il problema dell'inserimento delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento interno non ha trovato pacifica soluzione.

²³ Come è noto, "l'effetto diretto" implica «l'idoneità della norma di origine sovranazionale a creare dei diritti e/o delle obbligazioni nei confronti dei privati nel diritto interno e, per conseguenza, l'invocabilità delle norme convenzionali davanti al giudice nazionale. L'applicabilità diretta significa che la norma sovranazionale produce degli effetti giuridici senza che altre norme di altra natura debbano preventivamente intervenire per precisare il suo contenuto o per assicurare, in qualsiasi altra maniera, la sua applicazione effettiva».

²⁴ Come è noto, la Corte costituzionale, con le sue sentenze del 2007 (nn. 348 e 349, con orientamento poi ribadito pur dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona), ha escluso sia l'effetto diretto che la diretta applicabilità delle norme della Convenzione, disattendendo l'orientamento giurisprudenziale di legittimità, emerso sin dal 1981 ed oramai costituente "diritto vivente", secondo cui il giudice nazionale avrebbe dovuto valutare le norme della Convenzione – ritenute di immediata applicazione nel nostro Paese – nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo, che si era venuto a determinare, in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano (Cass., 1^a Sezione, 17 dicembre 1981, IAGLIETTI, in *mass. uff.* 154.630-154.636). Ha ritenuto al riguardo la Corte costituzionale che «le norme della Convenzione, pur rivestendo grande rilevanza in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto (sentenza n. 348, punto 3.3.)». Queste affermazioni sono sottoposte a serena critica da parte di Francesco Viganò che ha osservato che «la Corte costituzionale sembra dimenticare, in queste storiche pronunce, che la Convenzione europea, i protocolli addizionali, e praticamente tutte le convenzioni ratificate nel nostro Paese sono state "incorporate" nell'ordinamento interno

Incredibile perché in Italia, quel primato negato al diritto convenzionale è, invece riconosciuto al cd. diritto comunitario, cioè quello che oggi è il diritto dell'Unione europea²⁵.

In Italia, ciò che viene riconosciuto al diritto dei mercanti viene negato ai diritti dell'uomo²⁶.

Come è, infatti, a voi noto, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale – culminata, per l'ordinamento comunitario, nel 1984 con la sentenza *Granital* e, per l'ordinamento convenzionale, con le sentenze “gemelle ma non monozigote” del 2007 – è pervenuta alla statuizione che il cd. “effetto diretto” e la “diretta applicabilità” possono essere riconosciuti solo a determinate norme di origine comunitaria, con la conseguenza che solo in questa ipotesi sussiste l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna con tali disposizioni contrastante²⁷.

tramite la legge di autorizzazione alla ratifica che usualmente contiene (e certamente contiene nel caso della legge 848/1955 di autorizzazione alla ratifica della CEDU) una clausola di “piena ed intera esecuzione” nell'ordinamento interno delle norme convenzionali. Queste ultime divengono così “parte integrante dell'ordinamento italiano,” con il medesimo rango di norme “primarie”, suscettibili come tali di “essere direttamente applicate” dal giudice nella risoluzione delle controversie pendenti davanti a sé. Decisiva appare l'argomentazione, valorizzata nel *vademecum*, secondo cui il giudice resta, anche in un orizzonte improvvisamente ampliato alla prospettiva europea, pur sempre “soggetto alla legge”, come recita l'articolo 101 della Costituzione, e ciò resta vero anche se per “legge” si intende – come non più intendersi oggi – l'intero “diritto” vincolante per il giudice, derivante dalle fonti interne e quelle sovranazionali. Orbene, se correliamo la fonte di questo “diritto vincolante”, – ossia la legge di autorizzazione alla ratifica, che contiene la clausola della “piena ed intera esecuzione” – con il contenuto della legge “incorporata” nel nostro ordinamento, dovrebbe apparire evidente l'insostenibilità giuridica dell'affermazione della Corte costituzionale. Ai sensi, infatti, dell'articolo 1 della Convenzione, cioè della normativa che, come dice Viganò, è stata “incorporata” nell'ordinamento interno, «le Alte Parti Contraenti, riconoscono – e non già si impegnano a riconoscere come solitamente avviene in altri trattati – alle persone sottoposte alla loro giurisdizione i diritti e le libertà indicati al suo titolo primo». E, come risulta dai lavori preparatori, fu il belga, Henri Rolin, – professore di diritto, parlamentare e poi giudice e presidente della Corte europea – a proporre il fondamentale emendamento, che passò grazie all'appassionato appoggio di Teitgen. E fu questo uno degli argomenti valorizzati dall'orientamento di legittimità, oggi disintegrato dalla Corte costituzionale, proprio per sostenere “l'effetto diretto” delle disposizioni convenzionali. Si legge, infatti, in una sentenza che fu tradotta e pubblicata anche all'estero, ma neanche commentata in Italia: «che la persona sottoposta alla giurisdizione di uno Stato sia titolare della pretesa al rispetto dei diritti riconosciutogli appare evidente dall'esame degli articoli 1 e 13 della Convenzione». Ai sensi dell'articolo 1 – che costituisce, come è stato incisivamente detto, quasi una *grundnorm* del sistema dei diritti e delle libertà fondamentali – le Alte Parti contraenti “riconoscono” (e non già “si impegnano a riconoscere”, come figurava nella prima stesura del progetto e come figura in altri trattati, ivi compreso il Patto internazionale sui diritti civili e politici) «ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione», mentre ai sensi dell'articolo 13 «ogni persona i cui diritti o le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a una istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». Quest'ultima norma istituisce, come appare evidente, una garanzia interna, internazionalmente prevista e resa obbligatoria per le Parti, ma dall'esame congiunto delle due disposizioni appare del pari evidente che, all'interno dei singoli Stati, per il singolo cittadino la protezione dei diritti umani non è “riflessa” – tutelata, cioè, per il tramite dell'impegno assunto dal destinatario delle norme, che sarebbe lo Stato – ma “diretta” proprio perché i diritti umani ineriscono al singolo quale attributo della sua personalità e la Convenzione, da un lato riconosce formalmente la loro esistenza e, dall'altro, attribuisce al singolo la legittimazione attiva per garantirne la tutela giurisdizionale. Valutato, quindi, anche il dato formale costituito dalla natura di “legge ordinaria” dell'atto con cui la Convenzione è stata resa esecutiva nel nostro Paese, non può più discutersi della natura di diritti soggettivi (e perfetti) che deve essere attribuita ai diritti riconosciuti dalla Convenzione, i quali sono riconosciuti come esclusivamente propri dei singoli e come tali protetti dall'ordinamento in modo diretto ed immediato. Si tratta della sentenza della 1ª Sezione penale n. 1518 del 27 ottobre 1984, pubblicata in Portogallo, nel *Boletim do Ministério de Justiça*, n. 35/36/1988, con nota di Manuel Antonio Lopes Rocha (giudice della Corte europea), ma non pubblicata su riviste italiane.

²⁵ Il primato del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale è stato riconosciuto, per tutti gli atti europei di carattere vincolante, dalla Corte di giustizia delle comunità (sentenza *Costa* contro *Enel* del 15 luglio 1964), con la conseguenza che la norma interna contrastante con uno di tali atti non può essere applicata o, come si dice, deve essere disapplicata (cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, nel caso *Simmenthal*). Ed è interessante notare come sullo sviluppo del primato del diritto comunitario abbia influito l'emergenza della questione del rispetto dei diritti fondamentali (questione propiziata dalla sentenza *Frontini* del 27 dicembre 1973 della Corte costituzionale italiana e dall'ordinanza del 29 maggio 1974 della Corte costituzionale tedesca). Come è noto i trattati istitutivi delle Comunità europee (1951-1957) crearono quello che ampollosamente viene definito il “diritto europeo delle libertà economiche” (libera circolazione e libera concorrenza), mentre nel Trattato di Roma (1957) apparvero alcune disposizioni concernenti diritti umani (divieto di discriminazione per ragioni di nazionalità o eguaglianza di trattamento tra uomo e donna). Ma è solo a partire dalla fondamentale decisione *Nold* (del 14 maggio 1974, che presenta una significativa convergenza di orientamento con la sentenza *Medrano* con cui la Corte di cassazione disapplicò una norma penale) che la Convenzione, per via giurisprudenziale, è divenuta, come è stato detto, “la spina dorsale dell'ordine normativo europeo”. A livello normativo occorre attendere il 1997 per porre a fondamento dell'Unione, con l'articolo 6, paragrafo 1 del Trattato sull'Unione, nel testo quale uscito dal Trattato di Amsterdam, “i principi della libertà della democrazia”, del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri.

²⁶ Come è noto, la disapplicazione di una norma interna contraria ad una norma comunitaria ad effetto diretto costituisce l'arma attribuita al giudice per reagire all'inerzia (se non all'ignavia) del legislatore nazionale nel tutelare le posizioni giuridiche individuali previste dalla norma europea. Non si comprende perché questo potere-sostitutivo, che è attribuito al giudice per la tutela di diritti economici, gli debba, invece, essere negato quando l'ignavia del legislatore concerne diritti fondamentali; diritti che non dovrebbe solamente riconoscere e tutelare, ma addirittura promuovere.

²⁷ Così, con estrema chiarezza, sintetizza la situazione Francesco Viganò nel suo prezioso piccolo *vademecum* per giudici e avvocati penalisti.

Il risultato – direbbe *Edgar Morin*²⁸ – è che «ciò che illumina resta sempre nell'ombra»²⁹.

E mi riferisco, se non l'avete ben compreso, alla posizione assunta, agli inizi degli anni '80 del secolo scorso, dalla 1^a Sezione penale della Corte di cassazione.

A questa gloriosa Sezione cui si deve l'elaborazione, in Italia, della nozione di giusto processo e l'individuazione concreta dei relativi canoni, interpretati alla luce del principio della preminenza del diritto³⁰.

²⁸ Filosofo, sociologo e storico vivente. *Compagnon de la liberté et de la dignité; défenseur de sans-défense et sans-voix*. Insignito della *médaille de la Résistance*.

²⁹ Per dare fondamento alla sua ardita costruzione pretoria, che sottrae in Italia al giudice del merito – che pur è ritenuto, a Strasburgo, “il primo tutore” dei diritti umani (cfr., *infra*, nota 36) – la possibilità della diretta applicazione delle norme convenzionali che quei diritti tutelano, la Corte costituzionale, fedele alla sua concezione dell'imperante “Stato di diritto”, ha fatto ricorso alla gerarchia delle fonti ed ha riconosciuto alle disposizioni convenzionali “natura di norme” “gerarchicamente sovraordinate” in forza dell'articolo 117, primo capoverso, della Costituzione, in posizione “intermedia” tra le altre norme ordinarie e quelle costituzionali. Al riguardo è certo singolare rilevare come la Corte costituzionale: - a) da un lato riconosca come “inconfutabile” (sentenza n. 348, punto 4.3.) quella “maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto alle leggi ordinarie successive, su cui si fondò la Corte di cassazione (nella storica sentenza *Medrano*) per non applicare la normativa interna che, in quel caso, si risolveva nella violazione del diritto tutelato dalla Convenzione; - e, b) dall'altro, si avvale di tale “maggior forza di resistenza”: - i) per collocare nell'empireo delle leggi (paracostituzionali) delle disposizioni che il nostro legislatore del 1955 si rifiutò di inserire nell'ordinamento con una legge costituzionale; e - ii) per impedire, attraverso questa costruzione di tipo pretorio, che il giudice, possa applicare, una norma “forte” che tutela un diritto fondamentale, nell'ipotesi di constatate impossibilità di interpretazione adeguatrice con altra norma dell'ordinamento che pur dovrebbe essere rispettosa di questo diritto fondamentale (ma che, in pratica, ad avviso di quel giudice, non tutela proprio per il ritenuto “insanabile contrasto”). E tutto ciò in violazione dell' “obbligo positivo” di tutela di quel diritto che, per volontà della Convenzione, incombe su quel giudice, che è pure, per volontà del Costituente, “soggetto soltanto alla legge”. Molti internazionalisti si sono complimentati con le “sentenze gemelle” per aver trovato, nella loro costruzione basata sul nuovo testo dell'articolo 117, una “casa” per tutelare, sotto il profilo costituzionale, i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, risolvendo, per tal modo, una diatriba che li divideva (*pacta sunt servanda* o *lex generalis non derogat priori speciali*) in ordine ad una pretesa lacuna esistente nel nostro ordinamento ed alla posizione occupata dai trattati nella gerarchia delle leggi. In una situazione del genere, Guglielmo di Occam – il *doctor invincibilis* – si sarebbe forse chiesto brandendo il suo “rasoio”: «da Convenzione aveva bisogno di questa nuova casa? Casa che era necessaria per i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (costituzionalmente “scoperti”), ma i diritti umani non trovavano già la loro “copertura” nell'articolo 2 della Costituzione – secondo cui, come è noto, l'Italia riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo? E la chiave, che aveva consentito l'inserimento nel nostro ordinamento della nuova specificazione di tali diritti e del complesso meccanismo di tutela che l'adesione alla Convenzione comportava, non era costituita dall'articolo 11 della Costituzione (come la Corte ha ritenuto per i trattati comunitari)?» All'unisono la risposta delle “gemelle” è tranciante: l'articolo 11 della Costituzione, sostiene l'una, «neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980), «conclusione che si intende in questa sede ribadire» (sentenza n. 348, punto 3.3.) ed aggiunge l'altra: «i diritti fondamentali non possono considerarsi una “materia” in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità» (sentenza n. 349, punto 6.1.). Sembra perlomeno discutibile che non comporti «alcuna limitazione della sovranità nazionale o una cessione di sovranità» la previsione – per non fare il solito esempio del soldato o mugnaio prussiano (e del susseguente *vulnus* della giurisdizione, nel codice *Rocco* definita “l'attributo più geloso della sovranità”) – del ricorso interstatale che comporta, da solo, una tale pesante ingerenza, da parte uno o più Stati negli affari interni di un altro Stato, da rendere per forza necessario il ricorso alla “chiave” costituita dall'articolo 11 della Costituzione. Giustamente osservò Teitgen nelle sue *Memorie*, che «la Convenzione deroga fondatamente al triste principio della “non ingerenza”, secondo il quale uno Stato può uccidere, torturare, imprigionare senza giudizio i suoi cittadini senza che altri Stati possano intervenire perché ciò non concerne i loro cittadini». Nel ricorso dell'*Austria contro l'Italia* il Governo austriaco non lamentava pretese violazioni nei confronti dei suoi cittadini. I sei condannati (a favore dei quali si deduceva la violazione di canoni del giusto processo nel procedimento svolto in Italia) erano, infatti, cittadini italiani anche se appartenenti al gruppo etnico degli alto-atesini di lingua tedesca. Il ricorso interstatale è, al contempo, espressione, a livello sovranazionale, di quel principio di solidarietà che, proprio in materia di diritti inviolabili dell'uomo, l'articolo 2 della nostra Costituzione “richiede”, a livello nazionale, e che i Padri fondatori della Convenzione posero a cardine della garanzia collettiva dei diritti da salvaguardare. Ed è ancora una volta Teitgen a ricordarcelo. Nelle sue *Memorie* insiste su quello che ritiene «il secondo principio che ispira la Convenzione (il primo essendo quello della applicazione immediata e diretta della Convenzione, che consente che le persone sottoposte alla giurisdizione di uno Stato possano godere dei diritti e libertà enunciate nella Convenzione, indipendentemente e quale che sia la legislazione di tale Stato) cioè il principio di solidarietà tra i Paesi europei, per assicurare collettivamente la salvaguardia dei diritti fondamentali, quale patrimonio comune di ideali e di tradizioni politiche». Nel corso della prima sessione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (8 settembre 1949) Teitgen, nella sua qualità di relatore, chiari come il principio di solidarietà dovesse attuarsi attraverso la previsione di un ricorso statale alla costituenda Corte. «Se noi vogliamo veramente una protezione collettiva in Europa dei diritti e delle libertà fondamentali (...) noi dobbiamo riferirci alla sola forza che abbia in questi Paesi una autorità definitiva: la giustizia – una corte, un tribunale, dei giudici».

³⁰ Le sentenze “gemelle” della Corte costituzionale hanno certamente bloccato il lungo percorso della Corte di cassazione, che, iniziato con una isolata e controversa decisione nel 1981 della 1^a Sezione penale (nel caso *Iaggetti*, in *mass. uff.*, 154.630-154.636), e proseguito con la disapplicazione, nel 1993, di una norma penale (1^a Sezione, caso *Medrano*, in *mass. uff.*, 195.661) e nel 2002 di una norma civile (1^a Sezione, n. 10542), aveva trovato i suoi momenti più significativi nelle decisioni della 1^a Sezione penale del 20 aprile 1982 (nel caso *Bonfanti*, in *mass. uff.*, 155.005-155.012) e del 27 ottobre 1984 (nel caso *Venditti*, in *mass. uff.*, 168.405-168.410) e delle Sezioni Unite penali del 23 novembre 1988 (nel caso *Polo Castro*) e civili del 26 gennaio 2004 (nn. 1339, 1340 e 1341), nonché nella sentenza n. 28507 delle Sezioni Unite civili del 23 dicembre 2006, la quale aveva chiarito che «il giudice nazionale, in materia di diritti dell'uomo, è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo». In particolare, le Sezioni Unite, effettuata una accurata ricognizione giurisprudenziale, avevano ricostruito il sistema di tutela, chiarendo che: - i) «le norme convenzionali hanno natura immediatamente precettiva» (Cass., Sezioni Unite civili, 10 luglio 1991, n. 7662), ossia – come avevano già chiarito le Sezioni Unite penali sin dal 1988 – tali norme sono di «immediata applicazione nel nostro Paese e vanno valutate nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo che si è venuto a

Ma che cosa distingue la preminenza dal primato del diritto?

Si è già detto che il primato del diritto indica, per San Marino, l'immediata applicabilità della normativa convenzionale, la quale non può essere derogata neanche dalla normativa interna successiva³¹.

Concezione, quindi, formale, che però esprime anche l'esigenza che la legge interna sia interpretata in senso conforme al principio espresso dalla disposizione della *Convenzione*, che regola quella materia.

E la "preminenza del diritto" detta proprio i criteri per individuare lo "spirito gentile" che anima quel principio e per pervenire, quindi, attraverso questi criteri, ad una interpretazione conforme, idonea, quindi, a salvaguardare il principio di diritto – del diritto di Antigone – contro l'arbitrio, sempre possibile, della legge di Creonte.

determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano, con l'ulteriore considerazione che la Convenzione ha inteso rafforzare all'interno la tutela dei diritti riconosciuti e ha, al contempo, previsto la possibilità di un controllo sul modo con il quale le autorità giudiziarie nazionali assicurano il controllo dei diritti stessi» (Cass., Sezioni Unite penali, 23 novembre 1988, *Polo Castro*); - ii) «i diritti convenzionali hanno il carattere di diritto soggettivo fondamentale, insopprimibile anche dal legislatore ordinario» (Cass., 26 marzo 2002, n. 4297) e prevalenti anche rispetto a una normativa nazionale di regolamentazione (fattispecie concernente la legge n. 89 del 2001, oggetto del contrasto di giurisprudenza); - iii) «le norme convenzionali hanno natura sovraordinata o, forse meglio, un particolare grado di resistenza rispetto a quella nazionale, anche successiva, nel senso che il giudice italiano può ritenere abrogata» (Cass., Sezioni Unite civili, 10 luglio 1991, n. 7662) o «disapplicare la normativa interna contraria alla Convenzione» (Cass., 19 luglio 2002, n. 10542), in piena sintonia con la giurisprudenza penale della Corte di cassazione (Cass., 1ª Sezione, 18 maggio 1993, *Medrano*) e della Corte costituzionale (sentenza n. 10 del 1993); - iv) «le norme convenzionali devono essere applicate secondo l'interpretazione che di esse ha dato la Corte di Strasburgo» (Cass., Sezioni Unite civili, 26 gennaio 2004, nn. 1339, 1340 e 1341); - v) «il giudice nazionale, in materia di diritti dell'uomo, è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo» (Cass., Sezioni Unite, 26 gennaio 2004, n. 1340) in ordine a tutti i diritti riconosciuti dalla Convenzione e, va ovviamente aggiunto, dai suoi protocolli aggiuntivi (Cass., Sezioni Unite, 23 dicembre 2005, n. 28507). In sostanza, conformandosi alla dottrina straniera, le Sezioni Unite avevano riconosciuto sia l'istituto dell'"applicabilità diretta" sia quello dell'"effetto diretto delle disposizioni" della Convenzione. E stavano interpretando le disposizioni convenzionali alla luce del principio della "preminenza del diritto", come aveva fatto la 1ª Sezione penale dal 1981 al 1988.

³¹ Il "primato del diritto" – nozione ripresa dal "primato del Papa" – è il principio elaborato dalla Corte di giustizia delle comunità europee per sancire il valore superiore del diritto europeo rispetto ai diritti nazionali degli Stati membri. È un rapporto di tipo verticale, e di superiorità – che può essere reso plasticamente con l'immagine della piramide – quello che sussiste tra i due ordinamenti. E ciò fu chiarito nella sentenza *Costa contro Enel* del 16 luglio 1964 con l'affermazione che «l'ordinamento giuridico comunitario costituisce un ordine giuridico nuovo integrato nei sistemi giuridici degli Stati membri e che si impone alle loro giurisdizioni». Qualcuno potrebbe dire: *superior stabat lupus*. Ed è questa una posizione ignota alla Convenzione perché completamente diversa è la struttura dell'ordinamento convenzionale, ove il diritto non è imposto dall'alto, ma sorge dal basso per opera del giudice nazionale. Vige, invece, il principio di sussidiarietà. Le decisioni di questo giudice sono però soggette al controllo della Corte europea, sia per quel che concerne il rispetto delle regole del procedimento – il cosiddetto "processo giusto", i cui canoni dovevano essere rispettati dal giudice italiano ben prima della decantata riforma costituzionale del 2001 – sia per quel che riguarda la tutela effettiva del diritto di volta in volta in discussione. Per il giurista europeo, il concetto di "primato" viene rapportato a quello di supremazia ed evoca l'autorità gerarchica del Papa nei confronti dell'Assemblea dei vescovi. Il primato del Papa – vescovo di Roma e *primus inter pares* giustifica l'esistenza di un effettivo dominio legislativo e la sua superiorità sui canoni conciliari che possono dal Papa essere annullati. Si sostiene che il primato del Papa sia stato invocato per la prima volta da San Leone, nel V secolo. Sembra opportuno ricordare che nel 1215 si verificarono due storici avvenimenti, che ci fanno ben comprendere la causa ed il diverso sviluppo anche culturale dei sistemi di *civil law* e di *common law*, dominato il primo dal primato del diritto (e di cui Hans Kelsen fu il massimo teorico con l'elaborazione del suo Stato di diritto), ed il secondo dalla *Rule of Law* (la cui diffusione si ebbe ad opera di Albert Dicey). Si è già visto nel testo come quell'anno sul prato di *Runnymede* nella contea di *Surrey* i baroni inglesi, a nome anche di tutti gli "uomini liberi del Regno", costrinsero, il loro Re Giovanni, ad emettere la *Magna Charta Libertatum*, primo documento nella storia che segna una limitazione del potere sovrano. Ed è in questa Carta che si ritrovano le prime tracce del *Rule of Law*, del principio che impone al Sovrano di sottomettersi alla legge. Nello stesso anno, a Roma, all'esito di uno dei più importanti concili della storia della Chiesa – il IV Concilio Lateranense – Innocenzo III, tra i 70 canoni già da lui formulati che i padri conciliari dovettero limitarsi ad approvare, decretò pure quello che prevedendo, con la repressione dell'eresia, la più grande intransigenza verso la diversità di culto e liturgia, di opinione, cultura e religione, determinò di fatto un rafforzamento del potere temporale del Papa. Al resto ci pensò il Tribunale della Santa Inquisizione, che era stato creato nel 1184 nel Concilio di Verona, ma che lui provvide a perfezionare, mentre nel 1252, con la bolla *Ad extirpanda*, il suo successore, Innocenzo IV, si preoccupò di autorizzare l'uso della tortura! Rito inquisitorio da un lato, rito accusatorio dall'altro; prova legale da un lato, giuria dall'altro: il giorno e la notte, la luce e le tenebre. Ed in questa opposte prospettive, nei secoli seguenti mentre i giudici inglesi stabilirono regole comuni per combattere la tortura e la formazione di prove sotto l'effetto della tortura, queste pratiche, sul continente, accompagnate da differenti forme di ordalie, restarono abituali. Da un lato, quindi, il Regno del diritto che limita i poteri del Sovrano, dall'altro il Regno del Sovrano, che detta le leggi che vuole. Si è già detto (*supra*, nota 5) che la forza in Inghilterra del *Rule of Law* fu tale da costringere il Re, nel 1679, a riconoscere formalmente il principio dell'*Habeas corpus*. E così, mentre in quel Paese, in forza di questo principio – le cui origini rimontano all'istituto della *provocatio* e alla giurisdizione delle *quaestiones perpetuae* dell'antica Roma – nessuno può essere detenuto se non per decisione del giudice, nel Continente regnavano – e sono persino sopravvissute alla Rivoluzione francese – le *lettres de cachet*. Ed è ben noto che queste lettere – munite di un sigillo detto "segreto" (non, cioè, della cancelleria) – servivano alla trasmissione degli ordini con cui il Re disponeva, senza processo o difesa alcuna, l'incarcerazione, l'esilio o l'internamento in un convento o in un ospedale, la deportazione nelle colonie o l'espulsione di qualsiasi persona a lui - o ad altra persona che queste lettere compravano - indesiderata.

“Spirto” gentile, soffio vitale, che anima – come dice John Finnis – «un ordinamento legalmente in buona salute» o – come dice lord Bingham – «la fiamma sacra che anima e illumina la società in cui esso alita».

Parte II

Dove eravamo rimasti? Questo si chiedeva Enzo Tortora, vittima di quel processo da cui sono scaturite splendide carriere per magistrati rispettosi dei canoni del *fair trial*.

Noi, però, stavamo parlando non solo di *fair trial* e di *speedy trial*, ma anche dell’obbligo positivo e prioritario del giudice, nell’esercizio della giurisdizione, di individuare il diritto fondamentale che viene in discussione.

Abbiamo detto che obbligo positivo del giudice – e per quello di San Marino ciò è stato opportunamente ribadito dalla Dichiarazione – è quello di garantire e attuare i diritti sanciti nella Convenzione.

Prioritario, quindi, per la decisione del caso concreto, si colloca il dovere del giudice – il dovere proprio di ogni giudice – di verificare se la particolare situazione di fatto sottoposta al suo esame sia suscettibile di porre in discussione o addirittura di violare il diritto fondamentale, che regola il settore di volta in volta interessato e che quel giudice dovrebbe proteggere.

I diritti fondamentali – quali previsti dalla Convenzione europea – concernono, invero, tutte le manifestazioni dell’esistenza umana, dalla nascita alla morte³².

Ed è compito del giudice – sia esso civile, penale, amministrativo, minorile, tributario, del lavoro o costituzionale – individuare il diritto fondamentale che di volta in volta viene in discussione nell’esercizio della sua funzione al fine di impostare correttamente la questione sottoposta al suo esame, ed accertare la legittimità e regolarità della emananda decisione in relazione alla disposizione che prevede tale diritto³³.

Oltre, naturalmente, a dover rispettare i canoni del giusto processo nel procedimento in corso e rendere la decisione in tempi ragionevoli: *fair trial* e *speedy trial*.

Strumento di protezione degli interessi che in un determinato momento sono ritenuti dai governanti meritevoli di tutela, il processo penale può risolversi – e storicamente si è risolto – in un arnese di oppressione dei diritti fondamentali della persona³⁴.

³² I diritti sul piano sostanziale, sanciscono i diritti e le libertà, minimi ed essenziali che sono dovuti al rispetto della dignità umana; quei diritti senza i quali la vita non è degna di essere vissuta. I diritti fondamentali previsti nella Convenzione europea costituiscono, sul piano formale, quei diritti e libertà che in conseguenza della loro positivizzazione e completa giurisdizionalizzazione, si impongono allo Stato stesso ed ai suoi poteri, legislativo, esecutivo e giurisdizionale. E ciò è tanto più vero per gli Organi di San Marino, il quale non solo ha reso esecutiva la Convenzione, ma ha dato prevalenza alle relative disposizioni in caso di contrasto sulle norme interne, ed ha solennemente proclamato che il suo ordinamento riconosce, garantisce ed attua i diritti e le libertà ivi enunciate. Per l’ordinamento comunitario è del tutto pacifico, in Italia, che la norma munita di effetto diretto obbliga alla sua applicazione non soltanto il giudice, ma anche tutti gli organi dell’amministrazione nazionale, da quelli dello Stato centrale a quelli degli enti territoriali quali la regione o il comune e ciò anche in forza dell’obbligo di leale collaborazione sancito dall’articolo 4, paragrafo 3 del TUE.

³³ Ad esempio, nei procedimenti appresso specificati possono venire in discussione i seguenti diritti della Convenzione, quali essi vivono secondo l’interpretazione della Corte di Strasburgo: adozione (diritto al rispetto della vita privata e familiare, *ex* articolo 8); misure cautelari personali (diritto alla libertà ed alla sicurezza, *ex* articolo 5 e divieto di tortura, *ex* articolo 3); misure cautelari reali (il diritto al rispetto dei beni *ex* articolo 1 del 1° protocollo e, anche, se adottate nei confronti di terzi, il diritto al rispetto della vita privata, *ex* art. articolo 8); estradizione (divieto di tortura, *ex* articolo 3 e diritto alla libertà ed alla sicurezza, *ex* articolo 5); espulsioni (stesse disposizioni, nonché articolo 14, divieto di discriminazione e articolo 4 del 4° protocollo, divieto di espulsioni collettive di stranieri); espropriazione per pubblica utilità, esecuzioni mobiliari o immobiliari, diritti di credito nei confronti dello Stato, e persino mere aspettative (diritto di proprietà, non giustificata durata del procedimento, articolo 1, 1° protocollo; giusto processo, *ex* articolo 6); procedure fallimentari (rispetto della vita privata, irragionevole durata del procedimento, libertà di circolazione; diritto di voto, uso dei beni *ex* articoli 8; 6; 1 e 3 del 1° protocollo; e 2 del 4° protocollo), misure di prevenzione personali (diritto alla libertà e alla sicurezza, diritto di voto, libertà di circolazione, *ex* articolo 5; articolo 3, 1° protocollo; articolo 2, 4° protocollo); dichiarazioni alla stampa dei magistrati (con violazione del canone dell’imparzialità del giudice *ex* articolo 6); limiti alla libertà di associazione di privati o di magistrati (vita privata, libertà di pensiero, libertà di espressione, libertà di riunione o associazione, *ex* articoli 8, 9, 10 e 11); tutela dell’ambiente (diritto alla vita e al rispetto della vita privata *ex* articoli 2 e 8); l’articolo 8 della Convenzione entra in gioco nel controllo sulla corrispondenza dei detenuti, o di conversazioni telefoniche (o di divulgazioni del loro contenuto), di diffamazione, etc.

³⁴ I diritti che vengono in discussione sono quelli del rispetto della vita privata (articolo 8 della Convenzione), della libertà e sicurezza (articolo 5), del principio della sicurezza giuridica (articolo 7), della tutela della proprietà (articolo 1 del 1° protocollo aggiuntivo) con riferimenti a sequestri e confische.

Quando non è addirittura divenuto insidioso e subdolo mezzo di lotta politica.

E non è senza significato che la denominazione “diritto ad un giusto processo” sia stata utilizzata nel fondamentale arresto *Golder* del 1975 per designare l’insieme delle garanzie di buona organizzazione e di buon funzionamento della giustizia, che illustrano – come disse la Corte – «il principio fondamentale della preminenza del diritto».

Dal processo come funzione tutelato dall’articolo 111 della Costituzione, al processo come diritto tutelato – per il tramite dei canoni ivi previsti – all’articolo 6 della Convenzione.

Il giusto processo come rispetto della dignità di chi vi è coinvolto: come rispetto della potenziale vittima non del reato, ma del processo.

Il giusto processo come dovere del giudice di rispettare la dignità di tutte le parti coinvolte.

Il giusto processo come diritto di noi tutti e come dovere dello Stato rispetto ai suoi cittadini ed alla comunità internazionale.

Il giusto processo come griglia di credibilità dello Stato, come sintomo di ordinamento legalmente in buona salute.

E lo stato di salute del Paese è affidato al magistrato, che dei diritti umani – si dice a Strasburgo – è il primo tutore³⁵.

Ma come si fa a non comprendere, che la quasi totalità delle constatazioni di violazione della Corte nei confronti dell’Italia – ma chiamiamole pure condanne, perché censure e disapprovazioni sono – è avvenuta proprio per inosservanza di questo obbligo da parte dei giudici?

A partire dalla prima sentenza resa nei confronti dell’Italia, nel lontano 1980, in quel che viene definito il famoso caso *Artico*.

Caso talmente famoso da suscitare, nell’indifferenza più totale³⁶, solo la reazione – e su di una rivista giuridica - di uno studioso con amare considerazioni, sotto il titolo: rossi dalla vergogna, anzi paonazzi³⁷.

Quel caso richiedeva un’azione disciplinare contro un alto magistrato della cassazione, colpevole principale, ma non esclusivo, della violazione³⁸. Così come richiedeva un’azione disciplinare, nel 1984, la successiva condanna, per il caso *Goddi*, tipico esempio di macelleria giudiziaria³⁹.

³⁵ Nel suo discorso pronunciato a Strasburgo il 6 giugno 2000, in occasione alla *giornata di riflessione sulla prospettiva europea della protezione dei diritti fondamentali*, il Presidente della Corte, Luzius Wildhaber, nel sottolineare come l’obiettivo principale della Convenzione debba considerarsi centrato con l’instaurazione, da parte degli Stati interessati, di procedimenti effettivi che abbiano permesso ai cittadini di far valere i diritti loro riconosciuti, ha richiamato l’attenzione sulla necessità che i giudici nazionali assumano concretamente «il ruolo – che loro appartiene – di primi tutori dei diritti dell’uomo nei loro Paesi».

³⁶ A differenza di quel che avvenne in Francia, quando nel 1986 quel Paese subì la prima condanna. Il quotidiano *Le monde* pubblicò, in prima pagina e ad otto colonne, sotto il titolo *La Francia non rispetta i diritti dell’uomo*, un infuocato articolo di Jack Lang, prestigioso futuro ministro della cultura. Eppure in quel caso – il “famoso” caso *Bozano* (“il biondino dalla *spyder* rossa”, accusato dell’omicidio di *Milena Sutter*) – concernente una estradizione mascherata, in cui vi era stato un evidente concorso di responsabilità da parte del Governo italiano, che, sebbene invitata, si rifiutò di partecipare all’udienza dinanzi alla Corte. L’extradizione era stata chiesta per un giudizio reso in contumacia in Italia ed il nostro Paese aveva già subito nel 1985, due condanne ed altre due ne sopravvennero nel 1989 e nel 1991.

³⁷ L’articolo di Alessandro Pizzorusso fu pubblicato sul *FI*, 1980, IV p. 150 e ss. Per la verità i motivi di vergogna venivano individuati dall’Autore, più che sulla violazione dell’obbligo positivo di tutela che incombeva sui giudici (sui quali, cfr. la nota seguente), sul comportamento della difesa del Governo, sottolineandosi che «la condotta dello Stato italiano era stata limitata alla sola proposizione di eccezioni di ordine processuale, come se si fosse trattato di una banale causa civile da vincere a base di espedienti avvocateschi e che se è vero che la sentenza della Corte europea rappresenta un motivo di vergogna per il nostro paese e per i suoi giuristi – così facilmente portati ad ammantarsi degli orpelli derivanti dalla tradizione dell’antica Roma – essa giunge tuttavia benvenuta nella misura in cui fornisce un’ennesima occasione per richiamare l’attenzione di tutti sulla necessità di intervenire. Se tutti i giuristi italiani debbono arrossire di vergogna dinanzi a questa vicenda, certamente alcuni dovrebbe diventare addirittura paonazzi».

³⁸ Fu questa la prima sonora “bacchettata sulle mani dell’Italia” inflitta per non aver provveduto la Corte di cassazione ad assicurare in maniera effettiva la difesa dell’imputato ammesso al gratuito patrocinio (non essendo stata ritenuta sufficiente la sola nomina di un difensore, che non solo non aveva provveduto ad espletare il suo mandato e che, prima dell’udienza, aveva invitato, per iscritto, il ricorrente “a lasciarlo in pace”). Si trattava, in verità, di un caso grottesco (con Artico detenuto che, con reiterate lettere e telegrammi, sollecitava la sostituzione del “difensore che non difendeva”, e con il Presidente della Sezione che, tramite la cancelleria, rispondeva che il difensore nominato era “responsabile della difesa” e che la legge non prevedeva la sua sostituzione) che avrebbe giustificato una azione disciplinare nei confronti del magistrato e dell’avvocato, tenuto conto della circostanza che questa paradossale situazione si era protratta dall’8 agosto 1972, data dell’ammissione al gratuito patrocinio con designazione di un difensore, al 12 novembre 1973, data del rigetto dei ricorsi e che dello svolgersi degli avvenimenti Artico aveva tenuti informati sia il procuratore generale che il primo Presidente della Cassazione. Il comportamento delle autorità italiane fu duramente stigmatizzato dalla Corte (paragrafo 36): «Artico aveva cercato con perseveranza di sanare la situazione: egli ha moltiplicato richieste e tentativi presso l’avvocato d’ufficio, al punto di importunarne e persino di esasperarlo, come pure presso la Corte di cassazione. Non si potrebbe certo imputare ad uno Stato la responsabilità di tutte le inadempienze di un avvocato di ufficio, ma nelle circostanze della causa incombeva alle autorità italiane competenti di agire in modo da assicurare al ricorrente il godimento effettivo del diritto da esse riconosciutogli. Due erano le soluzioni che loro si offrivano: sostituire

E qual è stata la reazione dell'ordinamento italiano, per le condanne a cascata che, a partire dal 1985 sono intervenute per il giudizio in contumacia?⁴⁰ E che, ad onta della recente legge, continueranno a pervenire.

Giudizio che i magistrati italiani si sono sempre ostinati a difendere, trascinando persino nell'ignominia la Francia, che nel 1986 riportò la sua prima condanna per una estradizione mascherata⁴¹.

Dopo questo penoso *excursus*, torniamo all'obbligo positivo e prioritario del giudice, nell'esercizio della giurisdizione, di individuare il diritto fondamentale che viene in discussione.

Non si tratta del diritto oggetto del procedimento, ma del diritto oggetto della decisione da adottare.

Si tratta generalmente della decisione oggetto del procedimento principale di cognizione.

Ma può anche trattarsi dell'oggetto del procedimento incidentale o complementare al procedimento principale⁴².

Ad esempio, in un procedimento principale, civile o penale per diffamazione, il bene che viene in discussione – quello, cioè, che può essere violato dal giudice nazionale con la sua decisione – è la libertà di espressione⁴³ tutelata dall'articolo 10 della Convenzione.

È ben vero che in quel procedimento la pretesa vittima della diffamazione, invocando la tutela dell'onore o della reputazione, pone, a sua volta, in discussione il rispetto della sua *privacy*, il diritto al rispetto della vita privata, tutelato dall'articolo 8 della Convenzione.

Il giudice è, ovviamente, il tutore di entrambi questi diritti ma deve considerare che la protezione della reputazione – prevista al secondo comma dell'articolo 10 – costituisce solo un limite alla libertà d'espressione.

Facciamo il bilanciamento degli interessi in gioco. Sugerisce il giudice italiano.

Ma il giudice di Strasburgo la pensa in modo un poco diverso e comincia con il citare la Convenzione.

L'esercizio di questa libertà – recita il secondo comma dell'articolo 10 – comporta dei doveri e delle responsabilità e può, quindi, giustificare quelle sanzioni che in una società democratica sono necessarie per la protezione della reputazione altrui.

Il giudice nazionale – dice, quindi, il suo collega di Strasburgo – deve vegliare a che l'esercizio dell'azione, civile, disciplinare o penale, che egli conduce a tutela della reputazione, non si risolva in una indebita violazione della libertà di espressione.

E deve, a tal fine, verificare se tale ingerenza è prevista dalla legge; se essa è necessaria in una società democratica – se, cioè, risponde ad un “bisogno sociale imperioso” – se essa è proporzionata

l'avvocato Della Rocca o, all'occorrenza, indurlo ad assolvere il proprio compito. Esse hanno scelto una terza strada, la passività, quando il rispetto della Convenzione richiedeva da parte loro l'adozione di misure positive» (sentenza *Ayrei*, già citata, p. 14, paragrafo 25 in fine).

³⁹ Sentenza 8 aprile 1984, sulla carenza di difesa concreta ed effettiva dell'imputato (assente, tra l'altro, al dibattimento per omessa traduzione) assistito da un difensore nominato di ufficio per mancata comparizione del difensore di fiducia (cui non era stato notificato l'avviso dell'udienza). In questo caso la Corte sottolineò la sussistenza di un obbligo positivo del giudice (la Corte di appello di Bologna che, tra l'altro, aumentò pesantemente la pena inflitta in primo grado: da un anno e 6 mesi di reclusione e 300.000 lire di multa a 4 anni di reclusione e 500.000 lire di multa e 3 mesi di arresto) per assicurare una difesa effettiva e concreta da parte del difensore di ufficio (che non conosceva gli atti del fascicolo e che si limitò “a riportarsi ai motivi di appello”). Ad avviso della Corte, «le circostanze eccezionali del caso – assenza dell'imputato e mancata notifica all'avvocato Bezichieri – imponevano alla Corte di appello di adottare le misure positive destinate a permettere all'avvocato di ufficio di espletare il suo compito nelle migliori condizioni: essa avrebbe potuto rinviare il dibattimento, così come era stato chiesto dal pubblico ministero o ordinare di ufficio una sospensione dell'udienza per il tempo sufficiente» (paragrafo 31).

⁴⁰ Sentenza 12 febbraio 1985, *Colozza*; sentenza 12 febbraio 1885, *Rubinat*; sentenza 19 dicembre 1989, *Brozicek*; sentenza 28 agosto 1991, *F.C.B.*; sentenza 12 ottobre 1992, *T.C.*; sentenza 18 maggio 2004, *Somogy*; sentenza 10 novembre 2004, *Sejdovic*; sentenza Grande Camera 1° marzo 2006, *Sejdovic*.

⁴¹ Si trattava del già citato caso *Bozano* (*supra*, nota 37), condannato all'ergastolo in contumacia a Genova per l'omicidio della tredicenne Milena Sutter; fuggito in Francia fu espulso verso la Svizzera, che lo estradò in Italia, dopo che le autorità giudiziarie francesi avevano rifiutato la domanda di estradizione presentata dall'Italia.

⁴² È sufficiente leggere qualche sentenza della Corte europea – che normalmente ripercorre il modo di procedere del giudice nazionale – per comprendere che ciò che ha rilevanza è il *thema decidendum*, o, meglio – e mi scuso per il gioco di parole – l'oggetto del *thema decidendum*.

⁴³ *Un des piliers de toute société démocratique*, uno dei diritti più preziosi dell'uomo: così definito a partire dall'articolo 11 della Dichiarazione del 1789. La Corte europea è costante nel definire la libertà di espressione come uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, una delle condizioni primordiali del suo progresso e della possibilità dello sviluppo della personalità di ciascuno. In materia il *grand arrêt* è costituito dalla decisione della Corte del 7 dicembre 1976, nel caso *Handyside*. Sui rapporti tra libertà di espressione e reputazione, cfr. il caso *Perna*, sentenza Grande Camera, 6 maggio 2003.

allo scopo da raggiungere e se i motivi invocati dalle autorità nazionali – ed espressi, quindi, nella motivazione – appaiono pertinenti e sufficienti⁴⁴.

Ed alla fine spesso si scopre che la verifica del giudice di Strasburgo conduce a risultati diversi da quella compiuta dal giudice nazionale⁴⁵.

Sotto altro aspetto va posto il rilievo che in molti procedimenti per diffamazione è avvenuto che la Corte abbia riscontrato una delle più gravi violazioni del diritto internazionale: il diniego di giustizia.

Ciò è avvenuto quando il convenuto o l'imputato abbia eccepito – ed il giudice nazionale dichiarato – il difetto di giurisdizione per immunità.

In questo caso il bene fondamentale che veniva in discussione – e che il giudice nazionale avrebbe dovuto tutelare – era il diritto di accesso alla giustizia, diritto spettante alla vittima della pretesa diffamazione, tutelato dall'articolo 6, comma primo, della Convenzione, sotto l'aspetto appunto del *déni de justice*⁴⁶.

Ed anche nel diniego di giustizia incorse San Marino nel caso di *Beneficio Cappella Paolini*, quando i locali giudici, di diritto civile e amministrativo, si palleggiarono la competenza a decidere nel merito della controversia⁴⁷.

Ed infine, in un procedimento di estradizione che ha interessato la vostra Repubblica, il diritto che veniva in discussione, era quello previsto dall'articolo 5 della Convenzione – che concerne la libertà e la sicurezza - dal momento che oggetto della decisione del giudice era la legittimità dell'arresto adottato del procedimento complementare concernente la misura cautelare.

Orbene, stabilito quindi che il giudice, nell'esercizio della giurisdizione, ha il dovere prioritario di individuare il diritto fondamentale che viene in discussione nel caso al suo esame, va ora detto che la seconda operazione che lo stesso deve compiere consiste nel ricercare ed individuare la normativa interna che regola quel caso.

Ed è stata proprio l'assenza di una normativa interna che regolasse la procedura dell'arresto per fini estradizionali, quella che ha determinato la “condanna” di San Marino nel caso *Toniolo* del 26 giugno 2012.

E qui voglio fare una osservazione sull'ignavia italiana.

La Corte nella motivazione della sentenza osserva che nello stabilire che qualsiasi privazione della libertà debba essere effettuata «in conformità con una procedura prevista dalla legge», l'articolo 5, comma primo, fa riferimento anche alla qualità della legge, imponendo che essa sia compatibile con – leggo nel testo originale inglese – *the rule of law*, concetto insito in tutti gli articoli della Convenzione⁴⁸. Orbene, l'espressione *the rule of law* – la preminenza del diritto – nella traduzione non ufficiale italiana curata dal ministero della giustizia, viene resa con quella di “stato di diritto”⁴⁹.

⁴⁴ Compito delicato perché – nei criteri di applicazione che si è data – la Corte considera che le disposizioni sui diritti vanno interpretate estensivamente e quelle sulle restrizioni e relative ingerenze, restrittivamente. «Così vogliono – dice la Corte – il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura, senza le quali non vi è società democratica». Cfr. le sentenze *Sunday Times* del 26 aprile 1979; *Thorgeir Thorgeirson* del 25 giugno 1992; *Di Giovanni* del 9 luglio 2013. Al riguardo la Corte ha ripetutamente chiarito che il suo compito non è quello di sostituirsi alle giurisdizioni nazionali, ma di verificare, sotto l'angolo dell'articolo 10, le decisioni che queste hanno reso nell'esercizio dei loro poteri di valutazione. Cfr., tra le altre, sentenze nel caso *Perna* del 6 maggio 2003 (Grande Camera); nel caso *Ormanni* del 17 luglio 2007; nel caso *Belpietro* del 24 dicembre 2013. Va, infine chiarito che il controllo della Corte risulta a “geometria variabile”, modulata in funzione del diverso contenuto dei beni protetti, e del diverso scopo delle restrizioni.

⁴⁵ Si scopre, cioè, che il “preteso bilanciamento degli interessi in gioco” conduce la decisione del giudice nazionale sulla strada che mena a Strasburgo, con conseguenze nefaste per il nostro Stato. La tutela, come si è visto, risulta a geometria variabile, perché quello che è consentito al giornalista o al parlamentare non è permesso né all'uomo di governo né al magistrato (cfr. la precedente nota).

⁴⁶ Ed il cui *grand arrêt* è costituito dalla decisione della Corte del 21 febbraio 1975, nel caso *Golder*. Cfr., altresì, i casi *CGIL et Cofferati* del 24 febbraio 2009; *Ielo* del 6 dicembre 2005; *De Jorio* del 3 giugno 2004 e *Cordova*, I e II, del 30 gennaio 2003.

⁴⁷ Sentenza del 13 luglio 2004.

⁴⁸ «In questo senso – continua la Corte – la “qualità della legge” implica che se una legislazione nazionale autorizza la privazione della libertà essa deve essere sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile nella sua applicazione per evitare qualsiasi rischio di arbitrarità».

⁴⁹ Si dice che questo sia lo stesso errore in cui incorse Placidus, pseudonimo sotto il quale si nascose Johann Wilhelm Petersen, l'inventore, del neologismo *Rechtsstaat*, con cui avrebbe erroneamente tradotto, nel 1798, proprio a Strasburgo, l'espressione francese *Etat de droit*. Per la verità, Petersen (1758-1815), bibliotecario a Stoccarda, nella sua opera *La letteratura della teoria dello Stato. Un tentativo (Litteratur der Staatslehre. Ein Versuch*, Strassburg, 1798), pubblicato sotto il nome di Johann Wilhelm Placidus, aveva per la prima volta associato i due termini di *Recht* (Diritto) e *Staat* (Stato) sotto il neologismo *Rechtsstaat* per designare i teorici della scuola liberale di Kant, da lui definiti i “teorici dello Stato di diritto” (*Rechts-Staats-Lehrer*), per contrapporli ai “teorici del diritto dello Stato” (*Staats-Rechts-Lehrer*), favorevoli allo “Stato di polizia” (*Polizeistaat*). Per tal modo Placidus legava il neologismo con la critica violenta che il filosofo di *Königsberg* aveva formulato nei confronti del paternalismo dei re assoluti, da lui accusati di dispotismo. Placidus intendeva, quindi, cosa completamente diversa da quella che la storia gli ha attribuito, posto che ai suoi tempi, in Germania, la parola *Staat*, da sola, aveva una connotazione

È stata, cioè – come dice l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa – deformata ed interpretata in maniera erronea e formale, che va contro l'essenza stessa della *rule of law/prééminence du droit*⁵⁰.

E non è questa una novità per il mio Paese.

L'anonimo funzionario che approvò la traduzione del testo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo si preoccupò di far scomparire le espressioni di regno del diritto e regime di diritto figuranti nel testo ufficiale del Preambolo, sostituendole con quelle amorfe e formali di norme di legge o norme giuridiche, evidentemente timoroso, nel 1949, che la sua novella fede repubblicana e libertaria fosse messa in discussione⁵¹.

E siamo giunti alla terza operazione che il giudice nazionale deve compiere.

Una volta determinata la norma interna⁵² che regola la materia, il giudice deve interpretarla in conformità del diritto fondamentale che viene in discussione e che in precedenza ha già individuato.

Per la soluzione del caso, quindi, il giudice nazionale dispone dell'armamentario normativo nazionale e sovranazionale e deve far luogo all'applicazione della legge interna in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi – ha aggiunto di recente la Corte costituzionale – «di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione»⁵³.

Devo confessare che avevo pensato ad un *revirement* epocale della Consulta, dato che la stessa, dopo di aver inopinatamente sbandierato «il principio fondamentale dell'apertura del nostro ordinamento al diritto internazionale e a quello sovranazionale», aveva enunciato il canone «della tutela più intensa dei diritti – della massima espansione delle garanzie – per il tramite di una tutela sistemica dei diritti»⁵⁴.

In realtà, con questa tutela “sistemica” – parola che per me evoca malattie diffuse a tutto il corpo – la Consulta ha, con la “fanfara”, chiamato a raccolta tutti i possibili diritti costituzionali contro il misero diritto convenzionale che il giudice stava cercando di difendere per il tramite, appunto, di «una interpretazione della norma interna convenzionalmente conforme».

Una interpretazione, cioè, conforme allo spirito – alla preminenza del diritto – che anima il diritto in discussione, quale esso vive secondo la giurisprudenza di Strasburgo.

Ed una “interpretazione convenzionalmente conforme” passa necessariamente attraverso l'applicazione, da parte del giudice nazionale, dei “principi generali di interpretazione”, che la Corte europea, sin dalle sue prime decisioni, ha assunto a guida della sua azione.

Questi criteri traducono in realtà quello “spirito gentile” che è immesso nell'ordinamento dal sacro uccello e impedisce il prevalere delle esigenze, sempre in agguato, della “Ragion di Stato”.

Sono queste le *directives d'interprétation en droit* che due massimi studiosi – Ost e van de Kerchove – raccomandano caldamente di studiare per comprendere l'esatta portata, l'evoluzione e le potenzialità della Convenzione.

peggiorativa in ragione delle sue origini malfamate rapportata alla traduzione delle opere italiane sulla “Ragione di Stato” ed, in particolare alle aborrite idee di Machiavelli.

⁵⁰ Cfr. la nota precedente. Sono numerosi i documenti ufficiali con cui il Consiglio d'Europa (Assemblea parlamentare, Comitato dei ministri e Commissione di Venezia) con cui viene ripresa siccome erronea e deviante la traduzione in *Etat de droit* delle espressioni *Rule of Law/prééminence du droit*. Vanno, in particolare, ricordati il Rapporto adottato il 25-26 marzo 2011 dalla Commissione di Venezia (*Rapport sur la prééminence du droit/Report on the Rule of Law*); la Risoluzione n. 1594 del 23 novembre 2007 dell'Assemblea parlamentare, con allegato *Rapporto della Commissione delle questioni giuridiche e dei diritti dell'uomo*; il Rapporto *Il Consiglio d'Europa e la preminenza del diritto* del 21 novembre 2008 del Comitato dei ministri (CM(2008)170).

⁵¹ Laddove, nel preambolo della Dichiarazione, veniva avvertita l'esigenza che per evitare il superamento della soglia fatale della rivolta contro la tirannia e l'oppressione era necessario che i diritti umani fossero protetti dal “Regno del diritto” (nel testo inglese) o da un “regime di diritto” (nel testo francese) l'anonimo funzionario tradusse le espressioni *Rule of Law* e *régime de droit*, con quella di “norme di legge” (o, secondo altra versione esistente nell'archivio delle Nazioni Unite, con quella di “norme giuridiche”).

⁵² Che può essere, a seconda degli ordinamenti, la legge scritta legge o il precedente giurisprudenziale.

⁵³ Sentenza n. 80 del 2011.

⁵⁴ Cfr. la sentenza n. 317 del 2009 e 264 del 2012. Avevo, per la verità, superficialmente pensato che accanto ai tradizionali criteri ermeneutici obbligatori e ritenuti esaustivi – costituiti dal criterio letterale, dal criterio dell'intenzione del legislatore e dal criterio sistematico – la Corte costituzionale avesse inteso riferirsi al “criterio pragmatico di razionalità degli effetti di legge” (su cui cfr. F. MAURO IACOVIELLO, *La Cassazione penale, Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 81 e ss.). Criterio che lega gli articoli 3 e 111 della nostra Carta con gli articoli 1 e 6 della Convenzione, quali essi vivono nella giurisprudenza di Strasburgo. Come aveva chiarito la giurisprudenza della gloriosa 1ª Sezione penale della Cassazione negli anni '80.

A principi che mirano ad ampliare i diritti del singolo⁵⁵ si oppongono, infatti, principi riduttori, che, senza annullare il contenuto del diritto in discussione, hanno la finalità di difendere le esigenze della collettività⁵⁶ nel rispetto della libertà di cui ciascuno Stato dispone nella scelta dei mezzi attuativi dei suoi obblighi internazionali⁵⁷.

Si tratta di un modo di procedere il cui nucleo essenziale è fondato, da un lato, su di una interpretazione estensiva ed evolutiva dei diritti e, dall'altro, su di una interpretazione restrittiva delle limitazioni o dell'ingerenza dell'Autorità pubblica nel godimento di tali diritti⁵⁸.

Questo modo di procedere conduce, in pratica, a risultati diversi, se non addirittura opposti, rispetto a quelli cui perviene l'interprete che si basi sul criterio del bilanciamento degli interessi in gioco, tradizionalmente utilizzato dalla Corte costituzionale per valutare la legittimità costituzionale delle leggi sottoposte al suo esame.

Nel primo caso, invero, il diritto fondamentale può risultare compresso, ma mai svuotato del suo contenuto essenziale, nel secondo caso un diritto o addirittura un interesse può risultare addirittura tiranno rispetto al diritto fondamentale in discussione.

Nel primo caso l'uomo resta al centro dell'interesse del diritto, nel caso secondo prevale la Ragion di Stato.

Ecco la radice della vieta distinzione tra garantisti e giustizialisti!

Ecco la causa delle altalenanti decisioni che turbano la nostra coscienza!

E non danno credibilità internazionale al nostro Paese!⁵⁹

Ecco i sintomi di un "ordinamento legalmente in via di decomposizione!"⁶⁰

Quello che in Italia non si riesce a comprendere, ad onta dei richiami degli organi del Consiglio d'Europa, è che il principio della preminenza del diritto – il rifiuto dell'arbitrio – è il valore che deve informare e pervadere tutto l'ordinamento.

E che esso, con la democrazia ed il rispetto dei diritti umani, costituisce la griglia per stabilire se un "ordinamento è legalmente in buona salute".

Esiste una interdipendenza tra queste tre nozioni: non può esserci democrazia senza preminenza del diritto e rispetto dei diritti umani; non si può avere rispetto dei diritti umani senza democrazia e preminenza del diritto; non può esservi preminenza del diritto senza democrazia e rispetto dei diritti umani.

E non si può avere un "ordinamento legalmente in buona salute" se la preminenza del diritto – in una società democratica e rispettosa dei diritti umani – non è verificata ed affermata dal giudice.

Verificata ed affermata, partendo dal basso e non imposta dall'alto.

Ecco il presidio del principio della preminenza del diritto, di cui solo una delle manifestazioni è quella processuale, quella, cioè, inerente al rispetto dei canoni del giusto processo.

Manifestazione importante, anche perché funzionale, come si è visto, al rispetto dei diritti fondamentali, che in quel processo possono venire in discussione.

⁵⁵ Obblighi positivi a carico dello Stato di adottare le misure ragionevoli ed adeguate per proteggere e rendere effettivi i diritti riconosciuti, interpretazione restrittiva delle limitazioni o ingerenze nell'esercizio di tali diritti, tutela delle legittime aspettative, etc.

⁵⁶ Margine nazionale di apprezzamento, principio di proporzionalità. Secondo la costante giurisprudenza della Corte, «Gli Stati godono di un certo margine di apprezzamento per giudicare sull'esistenza e l'estensione della necessità dell'ingerenza nell'esercizio di un diritto. Ma tale margine va di pari passo con un controllo europeo concernente al tempo stesso la legge e le decisioni che la applicano, dovendo la Corte ricercare se le misure adottate a livello nazionale si giustificano in linea di principio e siano proporzionale».

⁵⁷ L'effettività del sistema di salvaguardia si salda per tal modo con il principio di sussidiarietà.

⁵⁸ Per essere ammissibile, una ingerenza nel godimento di un diritto è subordinata ad una triplice condizione: deve essere prevista dalla legge (è il criterio della "qualità" della legge – che deve essere chiara, precisa e prevedibile nelle sue conseguenze – quello che salvaguarda il principio generale di "sicurezza giuridica"), mirare ad uno scopo legittimo e presentare il carattere di necessità in una società democratica.

⁵⁹ E chi vuoi che venga ad investire in un Paese che non offre garanzie, sul piano processuale, di celerità di giudizio e, sul piano sostanziale, di sicurezza giuridica per l'assoluta indeterminazione.

⁶⁰ Lord Thomas Bingham of Cornill, nel corso della *Lectio magistralis* in occasione della laurea *honoris causa* conferitagli dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma Tre il 14 marzo 2008 (poco prima della sua morte), concordò con Justice Heidon, giudice dell'High Court dell'Australia nel ritenere che "un attivismo giudiziale portato all'estremo" può portare alla morte della *Rule of Law*. Osservò Bingham che la distinzione tra un legittimo sviluppo della legge ed un discutibile allontanamento da un principio consolidato, possono naturalmente provocare forti divergenze di opinione. A suo avviso, un conto è deviare di alcuni gradi la direzione di marcia della legge, altro è spedirla in una direzione del tutto diversa. In particolare, in materia penale i giudici non possono sviluppare la legge in modo da creare nuovi reati o da estendere reati esistenti in modo da rendere punibile una condotta che fino a quel momento non era perseguibile.

Ma la preminenza del diritto è inerente, come pure si è visto, a tutti i diritti tutelati dalla Convenzione.

Non solo.

La preminenza del diritto è inerente a tutto l'ordinamento.

E quando il giudice, interpretando la norma interna in maniera convenzionalmente conforme, afferma e riconosce il diritto di Antigone, non crea quel diritto.

Applica solo la legge interna.

E la applica in modo sostanzialmente corretto: secondo quel sentimento del giusto e dell'equo – la *fairness* – che ispira il principio della preminenza del diritto.

Non crea alcun diritto – non usurpa alcun ruolo – ma solo svela ciò che è immanente ad un ordinamento legalmente in buona salute.

Il diritto, appunto, di Antigone.

Ed è questa la ragione per cui quel diritto si impone al sovrano, al potere politico ed agli stessi giudici, ai quali impedisce ogni tentativo di sovversione.

Seguendo la Consulta sulla anacronistica strada dei contro-limiti nazionali, la giurisprudenza italiana sta conducendo il Paese fuori del contesto di civiltà giuridica europea.

E può favorire e rendere nuovamente attuali le preoccupazioni di Pierre-Henri Teitgen, autentico Padre fondatore della Convenzione, sulla tentazione – all'intolleranza, alla sopraffazione, alla violenza – che si annida in tutte le società, anche nelle più progredite e nell'animo, purtroppo, di ogni uomo.