

Antonio Ruggeri

Una opportuna precisazione, da parte di [Corte cost. n. 223 del 2014](#), in merito ai conflitti (*apparenti...*) tra norme di diritto interno e norme della CEDU

SOMMARIO: 1. La Costituzione come “sistema” e il canone della tutela più “intensa” quale *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali (o intersistemiche). – 2. La messa da canto nella decisione odierna della (contraddittoria) affermazione, presente in [Corte cost. n. 317 del 2009](#), secondo cui l’art. 117, I c., sarebbe passibile di bilanciamento con altri disposti costituzionali, in applicazione del canone della miglior tutela. – 3. Le non poche, rilevanti questioni ad oggi bisognose di essere messe a fuoco, e segnatamente: *a)* qual è il canone o il criterio che consente di “misurare” l’intensità della tutela?; *b)* come si ripianano le divergenze tra giudici nazionali e giudice europeo a riguardo del “luogo” positivo in cui si situa la miglior tutela?; *c)* a chi (giudice comune o Corte costituzionale) compete accertare se vi è, o no, violazione della “sostanza” della giurisprudenza europea?; *d)* siamo sicuri che l’accertamento della tutela più “intensa” implichi di necessità il conflitto tra norma nazionale e norma convenzionale? – 4. Un appunto finale, a riguardo della spinta che dalla decisione odierna può venire per l’applicazione diretta della Convenzione.

1. *La Costituzione come “sistema” e il canone della tutela più “intensa” quale Grundnorm delle relazioni interordinamentali (o intersistemiche).* – La decisione cui s’indirizza questo breve commento parrebbe, a tutta prima, non introdurre novità di rilievo nel quadro dei rapporti tra CEDU e diritto interno quale delineato a partire dalle famose sentenze “gemelle” del 2007 e via via messo a punto a mezzo di una ormai lunga catena di altre decisioni, tra le quali principalmente le gemelle... *cresciute* del 2009, la [n. 311](#) e [n. 317](#). Proprio a queste ultime (e, segnatamente, alla seconda) si apporta tuttavia oggi una precisazione di non secondario interesse teorico e promettente ulteriori sviluppi dagli esiti applicativi forse non del tutto prevedibili.

Nella seconda delle decisioni del 2009 ora richiamate la Corte, riprendendo ed ulteriormente svolgendo un passo della [sent. n. 348 del 2007](#) che ha animato un fitto dibattito, ha fatto in breve il seguente ragionamento.

I contrasti tra norma convenzionale e norma di diritto interno (nella specie, legislativa ma, a mia opinione, il discorso è generalizzabile e valevole per ogni specie di norma, anche costituzionale dunque¹) richiedono di essere qualificati alla luce del canone della massimizzazione della tutela. Si

¹ La qual cosa, poi, dimostra che il terreno sul quale, a conti fatti, va operato il raffronto tra le norme è quello assiologico-sostanziale, ogni Carta giocandosi dunque alla pari la partita con l’altra (o le altre; non si dimentichi il particolare rilievo che va assegnato ai documenti in genere che danno riconoscimento ai diritti, tra i quali spec. la Carta dei diritti dell’Unione: su ciò, di recente e per tutti, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013, spec. 138 ss. e 142 ss.), puntando alla propria affermazione in ragione della miglior tutela che si dimostri essere in grado di offrire, nella singola esperienza processuale, ai diritti stessi. La diversa prospettiva d’inquadramento sistematico avente natura formale-astratta, che fa dire – come si sa – al giudice delle leggi che la CEDU (e – viene da pensare – ogni altra Carta diversa da quella dell’Unione) ha grado “subcostituzionale”, finisce – piaccia o no – col rendersi inservibile, dovendo recedere a fronte dell’opposta prospettiva che guarda unicamente ai *valori*, al modo con cui essi sono in concreto serviti dalle Carte stesse e, per il loro tramite, hanno appunto modo di inverarsi nell’esperienza.

tratta, in breve, di stabilire dove si situi la miglior tutela, con riferimento – come la Corte ha insistentemente predicato² – non già al solo diritto occasionalmente evocato in campo bensì all’intero sistema dagli stessi composto e, ancora più largamente, al sistema degli interessi costituzionalmente protetti³. Per l’aspetto da ultimo considerato, se ci si pensa, Costituzione e Carte internazionali dei diritti (e, dunque, anche CEDU) non sono in tutto e per tutto confrontabili, dal momento che l’una ospita e protegge anche interessi e beni della vita in genere (quali quelli che fanno capo all’organizzazione) dalla natura diversa rispetto ai diritti fondamentali⁴.

Il riferimento al sistema è, nondimeno, prezioso ed evocativo di scenari in seno ai quali risulta essere estremamente disagiata e problematica stabilire dove si situi la tutela suddetta.

Particolarmente efficace è, al riguardo, l’argomentazione presente nella [sent. n. 191 di quest’anno](#), sopra già richiamata, laddove si dichiara che gli enunciati costituzionali e quelli convenzionali (e, specificamente, gli artt. 111 cost. e 6 Conv., quale parametro idoneo ad integrare l’art. 117, I c.) “devono essere fatti valere congiuntamente per consentire a questa Corte di effettuare una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento”. Un’affermazione, questa, a doppio titolo rilevante: per l’ulteriore sottolineatura fatta, per un verso, nei riguardi del bisogno di assicurare la salvaguardia della

² *Ex plurimis*, sentt. nn. [311](#) e [317](#) del 2009, [236 del 2011](#), [264 del 2012](#), [170](#) e [202 del 2013](#), [191 del 2014](#). Non è, dunque, a caso se lo stesso Presidente della Corte, G. Silvestri, ha messo in risalto il punto, nella sua [relazione relativa alla giurisprudenza del 2013 \(§ 5.1\)](#).

³ Non si trascurino, infatti, i non pochi casi in cui un diritto fondamentale è costretto a confrontarsi (e, se del caso, a recedere) a fronte di un interesse dell’intera collettività, quale ad es. quello della sicurezza (su ciò, subito *infra*).

⁴ Si pensi, ad es., ai casi in cui i diritti stessi sono stati sottoposti a bilanciamento col riparto materiale delle competenze tra Stato e Regioni, il rispetto delle metanorme, ecc. In realtà, la giurisprudenza sul punto esibisce a tutt’oggi vistose oscillazioni e remore non in tutto rimosse, dal momento che ora si esclude ed ora invece si ammette, anche in breve torno di tempo, che il riparto suddetto possa partecipare ad operazioni di bilanciamento secondo valore (nel primo senso, sentt. nn. [148](#) e [151](#) del 2012, [39 del 2013](#), [99 del 2014](#); nel secondo, [sent. n. 62 del 2013](#), con esplicito richiamo alla [sent. n. 10 del 2010](#), cui si accennerà subito appresso).

Che, poi, anche gli interessi della collettività possano convertirsi in diritti o, come che sia, riguardare di riflesso questi ultimi (la sicurezza, ad es., può essere vista, a un tempo, come interesse della collettività e come diritto del singolo) è questione di estremo impegno teorico che si porta ben oltre l’*hortus conclusus* entro cui sono obbligate a stare le minime notazioni che si vanno ora facendo “a prima lettura” della decisione qui annotata. A riprova di una possibile (e sia pur parziale) “conversione”, nei termini sopra accennati, si può addurre la circostanza per cui la salvaguardia dell’autonomia degli enti territoriali (e delle Regioni in ispecie) può ridondare (ed effettivamente molte volte ridonda) automaticamente in salvaguardia dei diritti, a motivo dell’appagamento che può ad essi venire appunto dalle fonti di autonomia. La stessa autonomia, d’altronde, è stata – come si sa – pensata proprio in ragione del servizio che è in grado di offrire, sempre che ovviamente se ne faccia buon uso, ad alcuni tra i bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti dalle collettività stanziata sul territorio (molto istruttiva al riguardo la corposa ricerca, da ultimo portata a termine per iniziativa ed a cura di A. Morelli e L. Trucco, dal titolo *Diritti e autonomie territoriali*, in corso di stampa per i tipi della Giappichelli). È pur vero, tuttavia, che alle volte si è avuto anche l’inverso, l’autonomia essendosi trovata costretta a recedere *proprio in nome dei diritti*, appagati da discipline legislative statali che si sono portate *extra moenia*, per ciò stesso invadendo il campo riservato alla coltivazione degli atti di autonomia (emblematico il noto caso di cui a [Corte cost. n. 10 del 2010](#), sopra cit).

Costituzione come “sistema” e, per l’altro verso, del bisogno di guardare sempre alle due Carte in modo congiunto, nel loro costante integrarsi e bilanciarsi.

La ricerca della Carta idonea ad apprestare la miglior tutela parrebbe rimandare all’idea della distinzione delle Carte stesse; il loro “costante integrarsi e bilanciarsi” a quella della loro mutua e paritaria compenetrazione nei fatti interpretativi. Le *fonti*, insomma, restano distinte ma le *norme* sono naturalmente sollecitate a fondersi, fino a fare tutt’uno; anzi, si ricavano in modo corretto proprio a mezzo di siffatta integrazione. La soluzione da privilegiare, secondo modello, è dunque quella che non obbliga l’operatore alla sofferta rinuncia ad avvalersi di una delle Carte in campo ma, all’inverso, che *tutte e in pari misura* le valorizza e porta a frutto; e, tuttavia, l’ipotesi di una scelta (non inclusiva bensì) esclusiva è pure da mettere in conto, se non altro con riguardo al caso, pure giudicato estremamente remoto ma appunto non scartabile *a priori*, del contrasto tra le Carte stesse⁵, laddove cioè risulti impercorribile la via – come ho ritenuta di chiamarla altrove – della loro mutua, circolare “interpretazione conforme”⁶.

2. *La messa da canto nella decisione odierna della (contraddittoria) affermazione, presente in [Corte cost. n. 317 del 2009](#), secondo cui l’art. 117, I c., sarebbe passibile di bilanciamento con altri disposti costituzionali, in applicazione del canone della miglior tutela.* – Ora, nel 2009, la Corte mostrava di credere che la violazione della Convenzione da parte di un disposto di legge ridondasse, *in ogni caso*, in violazione dell’art. 117, I c., come se da esso discendesse una *incondizionata* tutela della Convenzione stessa. Solo che, una volta acclarato il carattere servente del disposto stesso nei riguardi di altro o di altri precetti costituzionali, preminenti in sede di bilanciamento con la

⁵ ... restando tuttavia, in siffatta evenienza, ad oggi non chiarito in applicazione di quale tecnica decisoria debba esser risolto il conflitto (e, segnatamente, se a mezzo di quella usuale dell’annullamento della legge di esecuzione della Carta di origine esterna ovvero dell’altra della “disapplicazione” o, meglio, “non applicazione” della norma recessiva). Ma, su ciò, a momenti. Mi preme però sin d’ora ribadire che, in punto di astratto diritto, all’esito della “non applicazione” in parola non sfuggono, a mia opinione, le stesse norme della Costituzione, laddove si dimostrino inidonee ad offrire la miglior tutela ai diritti, in ragione delle esigenze complessive del caso. Un esito – a me pare – linearmente discendente dalla posizione in premessa della tutela più “intensa” quale *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali (o intersistemiche) ma che dubito fortemente possa farsi largo ed affermarsi nelle esperienze della giustizia costituzionale. Quest’ultima, infatti, mi sembra ancora oggi saldamente ancorata all’ambiguo ragionamento fatto in [Corte cost. n. 388 del 1999](#), in cui, per un verso, trovasi spianata la via a quella integrazione delle Carte nei fatti interpretativi che – come si è veduto – è stata molte volte e vigorosamente predicata e, però, per un altro verso, si tiene orgogliosamente a ribadire la *primauté* della Costituzione sulle altre Carte. Assai indicativo di questa oscillazione il noto passo della pronunzia da ultimo richiamata in cui il giudice delle leggi dichiara che la Costituzione e le Carte dei diritti “*si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*”, allo stesso tempo tuttavia ribadendo il proprio fermo convincimento a riguardo del fatto che “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione” (miei, ovviamente, i corsivi).

⁶ Maggiori ragguagli su ciò possono, volendo, aversi dal mio *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in www.rivistaaic.it, 2/2014.

“metanorma” di cui allo stesso art. 117⁷, ebbene a giudizio della Corte la violazione dell’art. 117 avrebbe dovuto essere *quodammodo* “tollerata” o, per dir così, assorbita e compensata dal guadagno complessivo ottenuto dalla Costituzione proprio grazie al mantenimento in vigore della norma interna.

Un ragionamento, questo, della cui linearità confesso di aver sempre dubitato, al punto di non aver trascurato occasione per dichiararlo⁸: con argomenti che – credo di poter dire, se mal non ho inteso il pensiero della Corte quale traspare dalla pronunzia qui annotata – sono sostanzialmente coincidenti o, come che sia, convergenti con quelli presenti nella decisione odierna, pur nel carattere estremamente stringato della motivazione da essa adottata, conformemente alla veste formale (quella dell’ordinanza) che la racchiude.

In realtà, ragionare di una violazione dell’art. 117 in una circostanza in cui sia provato l’innalzamento della tutela da parte della norma di diritto interno rispetto al livello raggiunto dalla norma convenzionale, è semplicemente impossibile o, diciamo pure, contraddittorio, per la elementare ragione che la stessa Convenzione ritaglia per sé un ruolo meramente “sussidiario”, dichiarando di voler valere ed essere perciò come si conviene applicata unicamente laddove sia in grado di offrire una garanzia più “intensa” ai diritti. Molto chiaro, in tal senso, è il dettato di cui all’art. 53, non a caso opportunamente richiamato nella pronunzia in commento. Ed allora, non solo, in una circostanza siffatta, non si ha violazione alcuna della CEDU (e, di riflesso, del parametro costituzionale che vi dà “copertura”) ma, anzi, si dà seguito proprio alla sua previsione che richiede che sia, ad ogni buon conto, assicurata sempre la migliore protezione possibile, alle condizioni oggettive di contesto, ai diritti⁹.

3. Le non poche, rilevanti questioni ad oggi bisognose di essere messe a fuoco, e segnatamente:

a) qual è il canone o il criterio che consente di “misurare” l’intensità della tutela?; b) come si ripianano le divergenze tra giudici nazionali e giudice europeo a riguardo del “luogo” positivo in cui si situa la miglior tutela?; c) a chi (giudice comune o Corte costituzionale) compete accertare se vi è, o no, violazione della “sostanza” della giurisprudenza europea?; d) siamo sicuri che l’accertamento della tutela più “intensa” implichi di necessità il conflitto tra norma nazionale e norma convenzionale? – Tutto chiaro, dunque? Purtroppo no. Alcune cose restano, infatti, ancora

⁷ È ovvio che il confronto solo apparentemente si svolge tra una metanorma ed una norma sostantiva della Carta; in realtà, è tra due norme parimenti sostantive, rispettivamente poste nella CEDU e in Costituzione, delle quali si tratti appunto di stabilire quale porti ad un innalzamento della tutela.

⁸ Tra gli altri miei scritti in cui è rappresentato l’appunto critico ora richiamato nel testo, v. A. RUGGERI, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in *Consulta Online.it*, 19 aprile 2013, 9, nt. 26.

⁹ Non è inopportuno, dunque, mettere in chiaro che, laddove dovesse accordarsi la precedenza alla CEDU malgrado il carattere meno “intenso” della protezione da essa offerta, verrebbe violata la CEDU stessa, appunto nella sua “metanorma” di cui all’art. 53.

oggi non spiegate e bisognose di essere messe a fuoco, l'una alle altre legata in modo inscindibile, sì da comporre un'unica "catena" di particolare spessore teorico. Una messa a fuoco che non si ha con la decisione di oggi e – temo di essere... *buon profeta*¹⁰ – non si avrà neanche in seguito.

La prima.

La Corte non ha ancora sciolto il mistero a riguardo del parametro della intensità della tutela, un parametro *culturale* prima ancora che *positivo*; e, a ben vedere, ciò non ha fatto neppure la Corte europea. Si dà una "metanorma" o, comunque, una norma-terza tra quelle in campo che consenta di stabilire, senza soverchie incertezze, quale sia la norma (interna o convenzionale) cui accordare la preferenza, laddove se ne riscontri l'incompatibilità? C'è, cioè, un criterio che dia modo di "pesare" o "misurare" l'"intensità" della tutela?

Abitualmente, si dà la risposta che si dà in genere ogni qual volta si faccia questione di "bilanciare" beni della vita costituzionalmente protetti, vale a dire che è il "caso" ad orientare la decisione nel verso giusto. Un caso, a mio modo di vedere, assiologicamente qualificato, riconsiderato cioè alla luce dell'intera tavola dei valori costituzionalmente positivizzati (e, tra questi, particolarmente dei valori di libertà ed eguaglianza: la coppia assiologica fondamentale, che dà senso agli stessi valori restanti, che da essa traggono incessante alimento e sostegno¹¹ e che, poi, si rivela essere, a conti fatti, servente quel valore della dignità che agli occhi di molti di noi appare essere quale l'autentico valore "supercostituzionale" dell'ordinamento¹²). Solo che, a ragionare così, temo che il più delle volte (per non dire sempre...) il problema non è risolto ma solo spostato in avanti; o, meglio, che è risolto perchè va... *risolto*, ma il sospetto che la soluzione apprestata rispecchi le personali vedute di chi la fornisce è alto, molto alto. Che i "bilanciamenti" mascherino decisioni ideologicamente condizionate, anziché linearmente discendenti da premesse giuridicamente fondate e dimostrabili, è, d'altronde, cosa risaputa. D'altro canto, non si vede francamente a cosa di più alto o di diverso dalla coppia assiologica suddetta (e, in ultima istanza, dalla dignità) si possa fare appello in sede di ponderazione dei beni

¹⁰ ... dal momento che la Corte non ha la convenienza ad irrigidire le soluzioni ed a restringersi (o, peggio, chiudersi) perciò gli spazi di manovra.

¹¹ Sulle mutue implicazioni che si danno tra libertà ed eguaglianza, sopra tutti v. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

¹² ... come tale, insuscettibile di bilanciamento, piuttosto ponendosi – com'è stato efficacemente detto (ancora G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it) – quale la "bilancia" sulla quale si ponderano i valori restanti (di diverso avviso, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.). Della dignità come valore "supercostituzionale" si è iniziato a discorrere a partire da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. Ulteriori precisazioni nei miei *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 17/2013, e *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in www.dirittifondamentali.it, 15 aprile 2014. Distante è la posizione di recente assunta da P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 315 ss.

della vita meritevoli di protezione. Lo “strumento” – se così vogliamo, sia pure con inadeguato linguaggio, chiamare la tavola dei valori, nel loro piegarsi sul caso e proiettare su di esso la loro luce abbagliante –, insomma, sarà pure imperfetto ma non ne abbiamo altri da mettere in campo¹³.

Sta di fatto che qui la questione si complica non poco a motivo della circostanza per cui l'apprezzamento della miglior tutela può esser fatto tanto da operatori nazionali quanto dal giudice europeo, in contesti positivi diversi e alla luce di parametri non necessariamente coincidenti¹⁴.

E vengo così al secondo punto. *Quid iuris* nel caso che si abbia una divergenza insanabile tra il giudice europeo e i giudici nazionali a riguardo del “luogo” positivo in cui si situi la miglior tutela?

Pronta è la risposta: tutto dipende dall'angolo visuale adottato, e cioè se la questione viene presa in esame dal punto di vista dell'ordinamento nazionale ovvero da quello della Convenzione.

Ancora una volta, tuttavia, la questione non può essere liquidata in due battute e subito chiusa. Perché quand'anche l'operatore nazionale compia la scelta *dal proprio punto di vista*, nulla ovviamente esclude che la palla passi quindi nelle mani del giudice europeo, le cui valutazioni potrebbero sostanzialmente divergere da quelle fatte dal primo.

In una evenienza siffatta, non v'è dubbio che si consumi una violazione della CEDU (e, perciò, dell'art. 117), laddove così sia riscontrato dal giudice europeo; non è detto, però, che essa si abbia *sempre*. Non si trascurino infatti le formidabili risorse argomentative connesse ad un sapiente utilizzo del canone della miglior tutela, con la via di fuga da esso spianata a beneficio di operatori che non intendano supinamente appiattirsi sulle posizioni assunte dalla Corte di Strasburgo. *Dal nostro punto di vista*, infatti, possiamo sempre dire che la violazione in parola non si ha proprio perché il diritto interno si dimostra essere in grado di far valere al meglio, in ragione delle peculiarità del caso, la *Costituzione come “sistema”*¹⁵.

È vero che – come la nostra giurisprudenza ha ripetutamente affermato – la Convenzione va letta così come la legge la Corte che ne è istituzionalmente garante; ma è pure vero che – aggiunge il

¹³ O, meglio, imperfetta è – come si sa – la condizione umana, che fa sì che mani diverse che adoperino lo “strumento” stesso fatalmente possano portare ad esiti diversi. La qual cosa, poi, non è affatto detto che sia di per sé negativa, pur potendo essere foriera di incertezze e disegualianza, ove si riconosca – come devesi – che un ordinamento pluralista ha nel libero confronto delle idee, ispirato a reciproca tolleranza, la linfa da cui si alimenta e senza sosta rinnova.

¹⁴ Basti solo pensare al doppio volto dei valori di libertà ed eguaglianza, che esprimono, a un tempo, la vocazione alla propria universalizzazione, quanto meno nel loro “nucleo duro” idoneo a riprodursi con identità di tratti complessivi nel corso del tempo e dello spazio, e quella alla propria contestualizzazione, tipizzandosi in forme e connotati diversi nel passaggio da un ordinamento all'altro, pur se appartenenti alla medesima, grande “famiglia” della liberaldemocrazia.

¹⁵ Delle tecniche decisorie studiatamente elaborate e ad arte utilizzate dal giudice delle leggi al fine di smarcarsi dal *pressing* del giudice europeo (e, segnatamente, di quella che fa riferimento al “sistema”, come pure dell'altra, relativa alla “sostanza” della giurisprudenza europea, alla cui osservanza resta circoscritto il vincolo gravante sugli operatori nazionali) si discorre nel mio *“Dialogo” tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in www.federalismi.it, 24/2013.

giudice costituzionale¹⁶ – la giurisprudenza EDU richiede di essere rispettata unicamente nella sua “sostanza”¹⁷; e, a quanto pare, su ciò non v’è dissenso da parte dello stesso giudice europeo, che non ha mai preteso per i propri verdetti scrupolosa ed integrale osservanza, per filo e per segno¹⁸.

Ora, quella della “sostanza” è, di tutta evidenza, una formula sibillina, che apre scenari imprevedibili alle relazioni tra le Carte (e i rispettivi sistemi di appartenenza) e può, perciò, portare ad esiti parimenti non valutabili in astratto ma apprezzabili solo in concreto, per il modo con cui siano “pesati” i diritti (e, più largamente, gli interessi) in gioco, in funzione della cui ottimale salvaguardia sia dunque operata una selezione della giurisprudenza convenzionale, omettendo di dare ascolto a quella giudicata non “sostanziale”¹⁹.

Messo alle corde, l’operatore nazionale può tuttavia ammettere che si ha, sì, una violazione della “sostanza” della giurisprudenza convenzionale e che, però, quest’ultima è parimenti obbligata a doversi fare da parte e restare perciò inapplicata per la medesima ragione per la quale, ad altro piano di rapporti intersistemici (quelli col diritto eurounitario), può essere azionata l’arma dei “controlimiti”. Qui, poi, la via attraverso la quale questi ultimi possono passare ed affermarsi parrebbe essere ancora più larga, sol che si consideri che – ad opinione della Corte e di molti suoi benevoli *laudatores*, tra i quali tuttavia, su questo punto di cruciale rilievo, non mi annovero – la CEDU avrebbe natura di fonte “subcostituzionale”, come tale bisognosa di essere valutata, quanto alla sua compatibilità con la Costituzione, alla luce di un parametro costituito non soltanto dai principi fondamentali ma, in potenza, da ogni norma costituzionale²⁰.

Altra cosa, essa pure non chiarita ed alla quale si è fatto cenno all’inizio di questa riflessione, è se, laddove la Convenzione dovesse risultare incompatibile rispetto alla Costituzione, possa aversene la caducazione nelle forme usuali dell’annullamento “*nella parte in cui...*”, come la stessa Corte ha

¹⁶ Riferimenti di giurisprudenza in E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l’ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, relaz. alle VI Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, in *paper*, § 3.

¹⁷ Si soffermano sul punto ora anche G. D’AMICO e D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisprudizione e politica*, in AA.VV., *Interpreti e interpretazioni della Costituzione nel periodo 1993/2013*, a cura di M. Cavino e S. Sicardi, di prossima pubblicazione per i tipi de Il Mulino, § 4.1.

¹⁸ Il rilievo è presente in molti scritti di R. CONTI, che ha sottoposto (e infaticabilmente sottopone) la giurisprudenza europea ad uno scrupoloso e sistematico monitoraggio, prestando specifica attenzione alle questioni eticamente sensibili, cui ha specificamente dedicato la sua ultima fatica monografica: *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma, 2014.

¹⁹ Qui, si pone la formidabile questione teorica se l’accertamento circa la presunta incompatibilità delle norme interne nei riguardi della “sostanza” della giurisprudenza convenzionale competa, in ultima istanza, esclusivamente al giudice costituzionale ovvero se possa o ancora debba considerarsi affare del giudice comune; una questione di cui – come si sa – si è animatamente discusso e che, però, mi pare meriti di essere ulteriormente approfondita (se si vuole, anche tenendo conto dei rilievi fatti nella parte finale di questo commento).

²⁰ ... per quanto – come mi è venuto di dire più volte – la Convenzione, in forza della materia trattata e, specialmente, del modo della sua trattazione, a mezzo di enunciati dalla struttura nomologica a maglie larghe o larghissime, si disponga naturalmente a confrontarsi coi soli principi suddetti, nel mentre è assai improbabile, seppur forse non impossibile, che il raffronto stesso possa farsi con norme costituzionali inespressive di principi o, come che sia, da questi non “coperte”, in quanto inidonee a darvi, in seno alla stessa Carta, la prima e diretta specificazione-attuazione.

invero lasciato intendere (ma solo fino alle sentenze “gemelle-*bis*” del 2009), ovvero se sia maggiormente appropriato – come a me parrebbe²¹ – discorrere unicamente della sua inidoneità ad integrare il parametro costituzionale. Con il che essa verrebbe, a conti fatti, solo disapplicata (o “non applicata”), esattamente allo stesso modo in cui lo è, a ruoli invertiti, la norma di diritto interno contraria a norma eurounitaria; con la differenza, però, rispetto a questa specie di antinomia²², che la disapplicazione di norma convenzionale, a stare alla nostra giurisprudenza costituzionale, dovrebbe pur sempre passare attraverso il previo riscontro della sua liceità (ed anzi doverosità) da parte dello stesso giudice delle leggi, allo scopo opportunamente e prontamente adito dal giudice comune.

Ovviamente, è da mettere in conto che la pronunzia del giudice che accerti ovvero sospetti²³ la violazione della Costituzione da parte della CEDU possa essere quindi contraddetta da un’ulteriore decisione del giudice europeo: con un *ping pong* – come si vede – che parrebbe non aver mai fine, nessuno dei giocatori sbagliando mai la rimessa nel campo avverso; un *ping pong* dall’esito poi imprevedibile e, per certi versi, inquietante laddove uno dei due giocatori dovesse essere proprio quel giudice costituzionale avverso le cui decisioni non è ammessa forma alcuna d’impugnazione (ma la domanda che, al riguardo, mi sono altrove posto è se lo stesso art. 137, ult. c., possa rendersi partecipe di operazioni di bilanciamento su basi di valore, al pari di qualunque altro principio fondamentale).

L’ultima cosa alla quale vorrei ora accennare concerne proprio il *punctum crucis* relativo alla sussistenza di un conflitto tra diritto interno e CEDU laddove si faccia questione della norma o del sistema di norme che appaia offrire la miglior tutela. In passato, ho prospettato l’ipotesi che non sempre (e, forse, addirittura assai di rado), ogni qual volta si debba stabilire quale disciplina sia maggiormente avanzata dell’altra al piano della tutela dei diritti, ci si trovi davanti ad un conflitto. Le due tutele, insomma, possono procedere su binari paralleli e nella stessa direzione, sia pure con

²¹ Ho affacciato l’ipotesi ricostruttiva richiamata nel testo, per la prima volta, in *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro, a cura di F. Dal Canto ed E. Rossi, Giappichelli, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss.

²² ... comunque “apparente”, quanto meno tale qualificata – come si sa – dalla giurisprudenza che, con una vera e propria acrobazia teorica, a partire da [Corte cost. n. 170 del 1984](#), ha dichiarato essere la norma interna contraria al diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario non già *invalida* bensì meramente *irrelevante* per la soluzione del caso, malgrado la violazione indiretta di cui essa si renda responsabile nei riguardi dell’art. 11. Un’aporia logica, questa, che temo essere insuperabile, perlomeno fintantoché il diritto sovranazionale avrà bisogno del puntello offertogli dalla Carta costituzionale al fine di potersi far valere in ambito interno. Per la verità, un modo ci sarebbe per rimuovere l’aporia stessa, nel pieno rispetto dei canoni che governano le vicende della normazione: far luogo ad una deroga alla regola del sindacato accentratore di costituzionalità a mezzo di una legge costituzionale allo scopo disposta, con la quale espressamente si stabilisca la cognizione del giudice comune per i casi di antinomia tra diritto nazionale e diritto dell’Unione, perlomeno laddove le norme del secondo risultino idonee a prendere subito il posto di quelle del primo. Solo che ci si può chiedere se con lo stesso atto di revisione costituzionale non convenga estendere in modo esplicito questo trattamento anche alle violazioni della CEDU (le quali, nondimeno, come si passa subito a dire, già oggi possono considerarsi – in taluni casi – soggette a questo regime).

²³ ... a seconda, rispettivamente, che si reputi abilitato all’accertamento stesso ovvero obbligato a rivolgersi a tal fine al giudice costituzionale.

diversa velocità o attitudine a raggiungere la meta, non necessariamente nello stesso binario e in direzione opposta, sì da risultare inevitabile lo scontro²⁴.

Giusta questa ipotesi, diventa assai problematico argomentare la tesi, di cui si fa paladina la Consulta, favorevole a rimettere ogni questione di “convenzionalità” al giudizio della Consulta stessa, vale a dire a commutarla in una questione di costituzionalità. E, invero, la rimessione alla Corte di siffatte questioni si giustifica unicamente ove si sospetti una violazione della Costituzione, in conseguenza del contrasto tra legge e Convenzione ovvero del contrasto tra quest’ultima e la Costituzione. Qui, però, in tesi il contrasto non c’è o, meglio, non appare agli occhi del giudice comune (e, se gli è prospettato, egli giudica la relativa questione “manifestamente infondata”²⁵). O, forse, si dovrebbe ritenere che il giudice stesso, malgrado reputi la legge (seppur contraria a Convenzione) *complessivamente* conforme a Costituzione in quanto idonea ad innalzare il livello della tutela, sia ugualmente tenuto a rivolgersi al giudice costituzionale? Alla Consulta – come sappiamo – ci si va per denunciare leggi sospette di violare la Carta, non già per avere conferma della loro... *costituzionalità*²⁶.

Come la stessa Corte costituzionale ha ripetutamente affermato, le questioni d’interpretazione si sottraggono naturalmente alla sua cognizione.

4. *Un appunto finale, a riguardo della spinta che dalla decisione odierna può venire per l’applicazione diretta della Convenzione.* – Credo che la soluzione fatta oggi propria dalla decisione in commento, che esclude la violazione della Convenzione e dell’art. 117 ad opera di norma di legge idonea a realizzare al meglio la Costituzione come “sistema” porti molta acqua al mulino della tesi dell’applicazione diretta (non già in modo incondizionato bensì unicamente per taluni casi²⁷) della Convenzione stessa. Le antinomie restano – è vero – pur sempre prospettabili; parimenti vero è, però, che si circoscrive significativamente l’area entro cui se ne può avere in concreto riscontro.

Sarebbe di certo forzato far discendere dalle scarse indicazioni date dalla [ord. 223](#) delle conseguenze che, obiettivamente, non hanno in essa esplicita rappresentazione. Lungi da me, dunque,

²⁴ L’immagine è nel mio *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in www.rivistaaic.it, 4/2013, § 2.

²⁵ Esattamente così come ha fatto la Corte nella decisione qui annotata e, dunque, come la Corte vorrebbe che, in analoghe situazioni, sempre facesse anche il giudice comune.

²⁶ ... tanto più se si conviene con l’indirizzo del giudice costituzionale in tema d’interpretazione conforme.

²⁷ Di questa idea mi sono a più riprese dichiarato, collocandomi dunque in una posizione mediana tra i favorevoli ad oltranza all’applicazione diretta della CEDU e i contrari parimenti irriducibili, che hanno fin qui trovato buona sponda nella giurisprudenza costituzionale; o, meglio, l’hanno avuta in una giurisprudenza che, già a partire dalle pronunzie del 2007 ed anche alla luce delle non poche, rilevanti, precisazioni ad esse apportate da successive decisioni, ho sempre considerato essere in movimento, in attesa di una sua chiarificazione interna e di uno stabile assetto che non mi sembrano invero essersi avuti e a portata di mano.

La pronunzia di oggi mi pare che ne sia un’ulteriore, significativa testimonianza.

il proposito di mettere in bocca alla Corte parole che non ha pronunciato. Ciò nondimeno, mi sembra di poter dire che la tesi favorevole al riconoscimento, in relazione a taluni casi, del potere in capo al giudice comune di risolvere in modo diretto, senza interpellare il giudice costituzionale, le questioni di “convenzionalità” riceva dalla pronuncia in esame una spinta per il suo ulteriore avanzamento e la finale affermazione. Ci vorrà del tempo, di sicuro; la via sembra però essere già tracciata.

Anche per questo verso, come si vede, gli elementi di “diffusione” insiti nel nostro sistema di giustizia costituzionale vengono ad essere ulteriormente arricchiti e promossi, in linea peraltro con una più generale tendenza patrocinata da una sensibile e crescente dottrina²⁸.

²⁸ Per tutti e di recente, R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in www.forumcostituzionale.it, spec. il § 14. Molto discusse, poi, come si sa, le tesi di V. Ferreres Comella, alle quali non è qui possibile riservare neppure un cenno e che, nondimeno, mi parrebbero muovere da premesse metodico-teoriche radicali ed esasperate (tra gli altri contributi, v. AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, a cura di L. Cappuccio ed E. Lamarque, Editoriale Scientifica, Napoli 2013).