



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. I

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**MAGGIORE O MINOR TUTELA NEL PROSSIMO FUTURO PER I
DIRITTI FONDAMENTALI?**

5 FEBBRAIO 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri

Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali? *

Abstract: A stronger or weaker protection of fundamental rights in the near future?

The author reflects on the role of national and non-national Courts in protecting fundamental human rights in the light of the decline of the “national State” concept and of the emerging economic crisis. The shift towards a new model of State favored – in the author’s view – the dialogue between Courts, whereby (constitutional and non-constitutional) judges of different countries and legal systems often cite each other’s case-law. In this respect, the article focuses on the approach adopted by the Italian Constitutional Court, in addressing the European Court of Human Rights’ jurisprudence and then on the frequent recourse to the preliminary ruling procedure provided by Art. 267 TFEU.

SOMMARIO: 1. La crisi dello Stato nazionale, il rilevante apporto offerto dalle Corti (anche non statali) alla tutela dei diritti fondamentali, il mobile riparto delle competenze tra giudici comuni e giudice costituzionale per ciò che concerne la tutela stessa, testimoniato dalla tendenza del secondo ora a ritrarsi ed a dar spazio ai primi ed ora invece a proporsi quale principale organo di garanzia. – 2. Il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale quale spia altamente indicativa della tendenza manifestata dal giudice delle leggi a riaffermare la centralità del proprio ruolo al piano dei rapporti con le Corti europee, l’astrattamente possibile attivazione dell’arma dei “controlimiti” e le tecniche decisorie che si prestano ad essere utilizzate in via “sussidiaria” rispetto a quest’ultima. – 3. Le tecniche “difensive” poste in essere dalla Corte costituzionale al fine di smarcarsi dal *pressing* delle Corti europee, segnatamente della Corte di Strasburgo, e gli oscillanti e non sempre lineari utilizzi da parte di quest’ultima delle tecniche decisorie di cui è dotata, in ispecie della dottrina del “consenso” (notazioni critiche). – 4. L’andamento a fisarmonica della giurisprudenza europea, volta ora a fare espandere ed ora a contrarre l’area entro cui possono affermarsi le tradizioni costituzionali nazionali (esemplificazioni con specifico riguardo all’ambito bioetico). – 5. La tendenza alla *federalizzazione dei diritti* ed alla conformazione della giurisdizione quale una *giurisdizione per risultati*. – 6. L’attitudine della Costituzione a porsi in misura crescente, in struttura e funzione, quale una “*intercostituzione*” e delle Carte a competere l’una con le altre all’insegna del principio della massimizzazione della tutela dei diritti. – 7. La duplice risposta, di merito e di metodo, al quesito che dà il titolo a questa riflessione ed una succinta notazione conclusiva, in relazione al parere sull’adesione emesso dalla Corte di giustizia ed agli effetti conseguenti all’entrata in vigore del prot. 16, annesso alla CEDU.

1. La crisi dello Stato nazionale, il rilevante apporto offerto dalle Corti (anche non statali) alla tutela dei diritti fondamentali, il mobile riparto delle competenze tra giudici comuni e giudice costituzionale per ciò che concerne la tutela stessa, testimoniato dalla tendenza del secondo ora a ritrarsi ed a dar spazio ai primi ed ora invece a proporsi quale principale organo di garanzia

* Intervento al Seminario su *Il futuro dei diritti fondamentali: una visione comparata*, conclusivo del IV Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, Pisa 30 gennaio 2015, alla cui data lo scritto è aggiornato.

Una preliminare avvertenza, che può sembrare (e, forse, effettivamente è) banale ma che conviene ugualmente non perdere di vista. Quella che ora si avvia è infatti un'analisi – diciamo così – *sub condicione*, che tiene conto del contesto in atto presente assumendo che possa seguitare anche nel prossimo futuro ad esibire i connotati di fondo oggi posseduti e vedere, dunque, ulteriormente riprodotte ed anzi ancora più marcate talune linee di tendenza in esso affermatesi. Sappiamo però che non di rado le cose prendono una piega assai diversa ed imprevedibile, per effetto di cause plurime e talora convergenti, che portano a mutamenti persino radicali del contesto stesso, anche in tempi assai ravvicinati¹. Nessuno, dunque, dispone della classica palla di vetro per leggere in un futuro che ci è del tutto oscuro e che, da alcuni segni del presente, temo possa essere gravido di minacce ed insidie crescenti per i diritti fondamentali; quanto meno, non ne dispongo io che, per natura, mi sento portato ad affacciare sempre con somma cautela talune ipotesi di sviluppo delle vicende presenti.

Ferma questa generale avvertenza, credo tuttavia che si diano taluni elementi in grado di orientare l'analisi e farle luce pur sul terreno impervio nel quale essa è costretta a svolgersi.

Così, per accennare subito a questioni che saranno più avanti riprese, la circostanza per cui si è avvolti nella spirale soffocante di una crisi economica senza precedenti non può essere ignorata non solo quando si ragiona delle sorti al presente dei diritti fondamentali (specie di quelli che si trovano maggiormente esposti agli effetti devastanti della crisi stessa) ma anche (e, forse, soprattutto) di ciò che ne sarà nel futuro che è ormai alle porte, ove si convenga che la crisi si preannunzia non passeggera (quanto meno, nel breve o medio periodo) ed anzi è, forse, di sistema, endemica, sì da richiedere la revisione di schemi teorici del passato ormai collaudati, con riguardo alla essenza stessa dei diritti ed alle forme della loro tutela².

¹ Basti solo rammentare l'accelerazione inusuale che ha caratterizzato gli eventi immediatamente precedenti e seguenti l'abbattimento del muro di Berlino e il crollo, ancora fino a poco tempo prima inaspettato, del colosso sovietico e del regime da esso impiantato in patria e preso a modello in tutta l'Europa dell'est ed altrove.

² In ordine ai rapporti tra crisi economica e diritti, specie per i riflessi che se ne sono avuti sugli svolgimenti della giurisprudenza europea e costituzionale, cui qui si presta specifica attenzione, la letteratura è ormai imponente: tra i molti altri e di recente, AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012; AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco - O. Roselli, Giappichelli, Torino 2013; AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Editoriale Scientifica, Napoli 2013 [ed *ivi*, con specifico

E ancora. Non può del pari essere ignorata la minaccia reale e diffusa del terrorismo internazionale che mina le fondamenta stesse del vivere sociale e dei valori costituzionali che stanno a base delle liberaldemocrazie. La qual cosa obbliga nuovamente a ripensare *ab ovo* a talune garanzie, fin qui considerate indisponibili, delle libertà costituzionali, a partire da quelle più direttamente inerenti alla persona umana, libertà con ogni verosimiglianza destinate ad originali (e temo fortemente penalizzanti) loro ridefinizioni concettuali e ad un abbassamento vistoso del livello della loro tutela congruo con le esigenze espresse dalla sicurezza individuale e collettiva, allo scopo di contrastare in modo efficace gli episodi di terrorismo³.

Di tutto ciò, nondimeno, non è possibile ora trattare con la dovuta estensione e l'adeguato approfondimento. Vi si è fatto cenno unicamente a conferma del cruciale rilievo che va assegnato al contesto, specie nelle sue più significative tendenze, in sede di

riferimento alla giurisprudenza delle Corti europee, D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, 67 ss., e A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, 379 ss.; di quest'ultimo v., inoltre, *I diritti sociali nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2013, 8 ss., e *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella 'costituzionalizzazione' dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2014, 55 ss.], nonché i contributi al XXVIII convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su *Spazio costituzionale e crisi economica*, ed *ivi*, part., C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 4/2013. Di quest'ultima, v. anche la relazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto costituzionale su *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, Foz do Iguacu (Brasile), 23-24 ottobre 2014, dal titolo *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: un binomio complesso*, in *paper*, con ulteriori, ampî richiami di lett. Inoltre, G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in www.forumcostituzionale.it, 27 novembre 2013, e gli scritti che sono in *Quad. cost.*, 1/2014, part. quello di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, 79 ss., del quale v., ora, pure *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in www.rivistaaic.it, 3/2014; S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, relaz. alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Messina 21-22 novembre 2014, in *paper*, e, dello stesso, *El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual*, *paper* destinato al convegno su *Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de derecho*, Repubblica Dominicana, 26-29 novembre 2014. Utili indicazioni possono poi aversi da molti degli scritti che sono in www.federalismi.it, 19/2014, e, con specifico riferimento agli stranieri, F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013. Da ultimo, v. pure, volendo, i miei *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *Consulta OnLine*, 2012 (21 settembre), e, pure *ivi*, *Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana*, 2014 (6 novembre).

³ Su ciò, indicazioni possono ora aversi da G.L. CONTI, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune. Appunti intorno alla traslitterazione interna delle norme internazionali ed eurounitarie in materia di lotta al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013.

ricostruzione dei lineamenti dei diritti fondamentali ed al momento in cui si affacciano previsioni circa i loro possibili, prossimi svolgimenti nell'esperienza costituzionale.

Ora, con riferimento a quest'ultima, pur in seno ad un quadro ad oggi molto fluido ed in alcuni tratti appannato e persino indecifrabile, si danno – a me pare – alcuni punti fermi ai quali ancorare l'indagine al fine di renderne per quanto possibile saldi gli esiti teorico-ricostruttivi.

Muovo al riguardo da un assunto che mi parrebbe essere indiscutibile e che è dato dalla crisi, con ogni probabilità irreversibile, che attanaglia lo Stato nazionale. La qual cosa, nondimeno, come mi sono sforzato di precisare in altri luoghi⁴, non equivale affatto a crisi dello Stato *tout court* ma solo di un certo tipo di Stato o di un suo modo di essere: quello, cioè, di uno Stato che, chiudendosi insensatamente ed in modo autoreferenziale in se stesso, si reputava (e si reputa) essere perfetto ed onnipotente, idoneo a far fronte ai bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti che in esso si manifestano, assicurandone l'ottimale (alle condizioni oggettive di contesto) tutela. Un'idea di Stato, questa, che poi si specchia in un'idea di Costituzione, quale atto fondativo *ex nihilo* di un nuovo ordine costituzionale, *norma normans* ma non *normata* ed essa pure perfetta ed onnipotente, siccome espressiva di un potere costituente tradizionalmente considerato sacrale, in tesi non soggetto a limite di sorta bensì fonte prima ed esclusiva dei limiti a carico degli atti di potere costituito che, in modo diretto o indiretto, in esso solo rinvergono il fondamento della loro esistenza.

Queste idee non sono – piaccia o no – ormai più riproponibili. Non c'è da opinare sul punto; c'è solo da prendere atto di una realtà che è quella che è e che mostra di radicarsi in misura crescente ed appariscente, irrefutabilmente appunto.

L'integrazione sovranazionale appare ogni giorno che passa sempre più avanzata, come pure viepiù stringenti si fanno i vincoli discendenti dalla Comunità internazionale: da questi e da quella, infatti, la sovranità dello Stato, un tempo considerata uno dei tratti maggiormente espressivi del modo di essere dello Stato stesso, risulta messa alle corde e versare in una condizione di palese sofferenza.

Senza ora indugiare nella descrizione di cose a tutti note, ciò che solo importa, ai fini della ricostruzione alla quale ora si attende, è il bisogno fortemente avvertito dai soggetti portatori di diritti di far appello non più solo alla Costituzione, quale documento nel quale

⁴ Così, di recente, nell'*incipit* del mio [Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (24 novembre).

i diritti stessi hanno il loro primo e più genuinamente espressivo riconoscimento e la fonte perciò della loro tutela da parte degli operatori, bensì anche (e talora, anzi, principalmente) ad altre Carte dei diritti (per ciò che qui più da presso importa, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo) e, di conseguenza, a sedi istituzionali diverse da quelle interne al fine di avere protezione nei diritti stessi.

Non è un caso, d'altronde, se gli stessi giudici, tanto internazionali o sovranazionali quanto interni, sempre più di frequente dedicano largo spazio delle loro pronunzie a richiami di indirizzi giurisprudenziali altrove maturati: quasi, appunto, a voler significare che è solo dallo sforzo congiunto da tutti prodotto, sia pure a livelli istituzionali e con forme ed effetti diversi, che può venire la finale ed ottimale salvaguardia dei diritti. Non può invero tacersi che alle volte i riferimenti sono fatti *ad pompam* e che colui che vi fa luogo si fa cura di evidenziare che la tutela stessa potrebbe comunque essere assicurata in modo pieno anche solo restando nell'*hortus conclusus* dell'ordinamento di appartenenza⁵; eppure, anche in circostanze siffatte (ed al di là delle riserve che possono legittimamente nutrirsi nei riguardi di un siffatto modo di ambientare le relazioni interordinamentali) resta il fatto in sé del ricorso alla tecnica o alla strategia del "dialogo", il cui utilizzo può portare ad esiti di non secondario rilievo, anche al di là delle reali intenzioni coltivate da chi se ne fa artefice.

Una folle crescente, ormai incontenibile, di mutui richiami connota dunque le quotidiane esperienze di giustizia, extrastatuale e non, costituzionale e comune. Un infittirsi del "dialogo" – come pure, con molta approssimazione e una non rimossa ambiguità, lo si è soliti chiamare – che intraprende plurimi percorsi e presenta numerosi incroci in seno alla trama intessuta dai giudici che lo pongono in essere e incessantemente ravvivano e rinnovano: delle Corti europee *inter se* e di queste con le Corti nazionali, come pure di queste ultime tra di loro.

La qual cosa pone subito, in modo imperioso, una questione che si riprenderà meglio più avanti ma che è opportuno tenere sin d'ora a mente; ed è se conviene che le relazioni tra le Corti siano per intero demandate alla loro messa a punto ad equilibri continuamente

⁵ Emblematica di questo stato d'animo la dichiarazione fatta in una risalente ma non per ciò ormai inattuale pronunzia del nostro giudice delle leggi, secondo cui se, per un verso, la Costituzione e le Carte dei diritti richiedono di essere reciprocamente integrate nell'interpretazione, per un altro verso tuttavia – a dire della Corte – la Costituzione sarebbe pur sempre in grado di assicurare comunque una tutela ai diritti non meno intensa di quella che può esser loro offerta dalle altre Carte ([sent. n. 388 del 1999](#)). Un'affermazione, questa, che nella sua categoricità, ai miei occhi appare essere temeraria.

cangianti in dipendenza degli indirizzi manifestati da questa o quella Corte e da tutte assieme ovvero se non si debba piuttosto pensare a fissare una cornice, con disciplina normativa essenziale⁶, all'interno della quale la giurisprudenza possa quindi liberamente fluire alla ricerca del modo o dei modi giusti coi quali affermarsi.

Ora, con riserva – come si diceva – di maggiori approfondimenti più avanti, dico subito qual è l'idea che mi sono al riguardo fatta alla luce dell'esperienza ad oggi maturata; ed è nel senso di rifuggire tanto dal corno di una disciplina normativa minuta e pervasiva, praticamente soffocante, quanto dal corno opposto della sua vistosa, insopportabile carenza. Un pugno di regole di procedura, a mia opinione, conviene infatti che comunque si abbia; voglio essere ancora più esplicito: conviene alle stesse Corti che, per il tramite delle regole stesse, hanno modo di esercitare al meglio, pur nella difficile congiuntura del tempo presente (e, forse, più ancora di quello a venire), l'ufficio al quale sono chiamate⁷. Di qui in avanti, nondimeno, il campo deve restare sgombro per dar modo alle Corti di mettere a punto le loro relazioni in ragione della varietà dei casi e delle più pressanti esigenze che in essi si manifestano; ma, di ciò, appunto più avanti.

Un'ulteriore avvertenza mi corre l'obbligo di fare prima d'intraprendere l'analisi richiestami.

Nelle succinte notazioni che mi accingo a svolgere, ciroscriverò lo sguardo alle sole relazioni tra le Corti europee ed il nostro giudice delle leggi, dal momento che è proprio

⁶ Per l'ipotesi ora ragionata si tratta poi di chiedersi quali debbano essere le fonti della disciplina stessa. Accenno qui, non disponendo dello spazio necessario per un'adeguata trattazione della questione, alla tesi nella quale da tempo mi riconosco, che è di evocare in campo una regolazione fatta tanto da canoni prodotti dalle Corti stesse quanto da altri frutto di eteronormazione.

⁷ Un esempio per tutti, che si riprenderà a tempo debito: la bocciatura della bozza di trattato di adesione dell'Unione europea alla CEDU ad opera della Corte di giustizia ha l'effetto immediato, dannoso, di privare la Corte stessa della opportunità di far sentire la propria voce nel corso delle vicende processuali che prendono forma presso la Corte di Strasburgo, innestando dunque una sorta di "pregiudizialità comunitaria" nei procedimenti attivati presso quest'ultima Corte nei quali si faccia questione della osservanza della CEDU da parte del diritto dell'Unione. Molti gli autori che hanno prontamente e variamente annotato (com'era d'altronde da attendersi, perlopiù in senso negativo) il parere sull'adesione: tra gli altri, v. L.S. ROSSI, [Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?](#), in [www.sidi-isil.org](#), 22 dicembre 2014 e, pure *ivi*, S. VEZZANI, ["Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!": la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU](#), 23 dicembre 2014; J.P. JACQUÉ, [Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?](#), in [www.droit-union-europeenne.be](#), 23 dicembre 2014. Infine, I. ANRÒ, [Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?](#), in [www.diritticomparati.it](#), 2 febbraio 2015. Diffuso è il convincimento che la Corte abbia posto delle condizioni praticamente impossibili per l'adesione (tra gli altri, A. GUAZZAROTTI, [Crisi dell'euro e crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU: due facce della stessa medaglia?](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 8 gennaio 2015), in buona sostanza finendo con l'aggirare – a me pare – il disposto del trattato che la prescrive.

quest'ultimo che si è assunto un ruolo di guida, quasi didascalico, nei riguardi dei giudici comuni, indicando loro come assolvere l'ufficio al quale sono chiamati, con specifico riferimento ai casi di sospette antinomie tra disciplina legislativa e disciplina convenzionale o "eurounitaria". Il ruolo del giudice comune non va comunque sottovalutato, tutt'altro⁸! Un ruolo che si è col tempo fatto sempre più incisivo e vistoso, tant'è che la stessa Corte costituzionale, temendone un'eccessiva affermazione, ha posto in essere – sia pure, talora, in modo alquanto discutibile – talune tecniche "difensive", così come ha peraltro fatto – si vedrà a momenti – nei riguardi dei giudici europei (e, segnatamente, la Corte EDU), tecniche delle quali prevedo un largo uso nel prossimo futuro.

Mi pare infatti innegabile che la Corte costituzionale avverta forte il bisogno di preservare il dominio a sé riservato sulle questioni di costituzionalità (in larga accezione), temendo di perdere terreno a beneficio dei giudici comuni, per quanto la stessa Corte abbia ritagliato a favore di questi ultimi spazi consistenti entro i quali esercitare, con larga discrezionalità, le funzioni ad essi spettanti.

In realtà, la giurisprudenza costituzionale ritiene di aver raggiunto un compromesso accettabile nel ridefinire la linea di confine tra il campo suo proprio e quello riconosciuto ai giudici comuni; si tratta, tuttavia, di vedere se l'esperienza avvalori l'indicazione, di metodo e di teoria dell'amministrazione della giustizia a un tempo, risultante dalla giurisprudenza suddetta.

Per un verso, infatti, la prima (e più rilevante) scelta è riservata ai giudici comuni, gravando su di essi l'onere di esperire – fin dove possibile – il tentativo d'interpretare il diritto in modo conforme (a Costituzione, diritto internazionale, diritto eurounitario)⁹. Da

⁸ A buon diritto, dunque, la più sensibile dottrina ne ha rimarcato il significato e le possibili valenze (*ex plurimis*, R. CONTI, in molti scritti, tra i quali *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, ora, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*², Aracne, Roma 2015; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Angeli, Milano 2012; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Aracne, Roma 2012; AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi - D. Pulitanò, Giuffrè, Milano 2013; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Angeli, Milano 2013; E. CECCHERINI, *L'integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II/2013, 467 ss.).

⁹ Incontenibile ormai la letteratura che ne ha fatto oggetto di studio, a conferma del rilievo assegnato a questa tecnica con cui è ridefinita la linea di confine dei campi rispettivamente propri della giurisdizione comune e di quella costituzionale: tra i molti altri e di recente, G. SORRENTI, *Las interpretaciones conformes a la Constitución en el ordenamiento italiano: estado de la cuestión*, in www.gruppodipisa.it, ottobre 2013; E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione*

quest'angolo visuale, la Corte dà di se stessa l'immagine di un organo che somministra giustizia costituzionale unicamente in via sussidiaria, laddove il tentativo in parola dovesse rivelarsi infruttuoso¹⁰.

Per un altro verso, però, dimostrandosi impraticabile la soluzione della riconciliazione delle fonti in campo per via interpretativa, non rimane altra via – a giudizio della Corte – che quella che porta la questione alla cognizione della Corte stessa (in particolare, resta categoricamente preclusa l'eventuale applicazione diretta di fonte esterna, che non sia ovviamente eurounitaria, al posto di quella interna con essa incompatibile: una eventualità – com'è assai noto – specificamente prospettata con riguardo alla CEDU¹¹).

conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in 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 - E. Lamarque, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 241 ss. e, della stessa, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, 3/2013, 785 ss.; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 2/2014; M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto UE. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Rovigo 15-16 maggio 2014, a cura di A. Bernardi, i cui Atti sono in corso di stampa; A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello stato (inter)costituzionale di diritto*, in www.rivistaaic.it, 3/2014, spec. al § 3; R. COSIO, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento complesso*, in www.europeanrights.eu, 20 giugno 2014; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2014, 86 ss. e 118 ss.; M.A. GLIATTA, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Per una teoria garantista della funzione giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014, § 5.1; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.rivistaaic.it, 1/2015. Infine, volendo, anche il mio *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in www.rivistaaic.it, 2/2014.

¹⁰ In realtà, il giudice costituzionale non ha il pieno controllo della tecnica in parola. Perché, se è vero che, una volta adita, riserva a se stessa l'ultima parola circa il corretto utilizzo dello strumento, è pur vero che, laddove il giudice comune non si rivolga alla Corte ritenendo di dover far luogo allo strumento stesso, viene meno la possibilità per la Corte di correggere eventuali suoi usi distorti. Resta, nondimeno, fermo il carattere didascalico delle pronunzie della Corte, pur se d'inammissibilità o di rigetto, dotate – come si sa – di una considerevole *vis* persuasiva, se non pure – secondo l'opinione corrente – prescrittiva. E, per quest'aspetto, la stessa tecnica dell'interpretazione conforme non priva la Consulta dell'opportunità di indirizzare l'attività interpretativa dei giudici comuni (e, perciò, di concorrere alla formazione di un nuovo "diritto vivente" o al radicamento di uno preesistente), riconfermandosi pertanto la centralità di posto del giudice costituzionale nel sistema istituzionale.

¹¹ Il punto ha – com'è noto – animato un fitto dibattito; nella pratica giudiziale, peraltro, non sono mancate le "ribellioni" all'orientamento della Corte che – per discutibile invero che appaia essere (e, a mia opinione, per taluni casi è) – è comunque quello che è; e di ciò – piaccia o no – dobbiamo prendere atto.

La giurisprudenza costituzionale appare infatti irremovibile nell'escludere che si dia alternativa alcuna a quest'esito; ed è proprio qui, dunque, che la vocazione all'accentramento emerge nel modo più marcato e vistoso. Ancora da ultimo, se n'è avuta una particolarmente espressiva testimonianza sul terreno dei rapporti tra fonti interne e fonti di diritto internazionale non scritto, laddove si è assistito ad una barocca costruzione teorica di fattura giurisprudenziale il cui fine, non celato, è proprio quello di non rimettere ai giudici comuni la soluzione delle antinomie tra le fonti in parola¹².

La vicenda non può qui essere – come pure meriterebbe – nuovamente, criticamente descritta, nei suoi plurimi profili e risvolti di ordine istituzionale. Appare, nondimeno, assai istruttiva per almeno due ragioni alle quali riservo ora solo un cenno, mentre di una terza mi riservo di dire più avanti.

La prima è che la Corte – qui come altrove¹³ – mostra di ritenere reciprocamente bilanciabili le norme sulla normazione e le norme sui diritti, non esitando a dare a queste ultime la precedenza su quelle. Un bilanciamento il cui esito, nella circostanza in esame, può anche condividersi, per quanto il giudice costituzionale mostri di sottovalutare il fatto che le norme sulla normazione sono esse pure al servizio dei diritti e, in genere, di valori fondamentali dell'ordinamento astrattamente non graduabili rispetto alle norme riguardanti i diritti stessi (così, appunto, per ciò che attiene ai valori della pace e della giustizia tra le Nazioni, nei quali è da vedere la ragion stessa del principio *pacta sunt servanda* e, dunque, della esistenza del diritto internazionale).

La seconda osservazione concerne le tecniche decisorie, delle quali qui specificamente si discorre. Pur di conseguire lo scopo per cui ogni questione avente ad oggetto norme internazionali generalmente riconosciute suscettibili di entrare in rotta di collisione con principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale non possa essere comunque

¹² Il riferimento è, ovviamente, a [Corte cost. n. 238 del 2014](#), sul cui capo – come si sa – si è riversata un'autentica pioggia di commenti.

¹³ ... ad es., al piano dei rapporti tra leggi statali e leggi regionali, per quanto la giurisprudenza sul punto sia apparsa alquanto oscillante e ad oggi incertamente orientata, avendo ora ammesso ed ora invece negato il bilanciamento di cui è parola nel testo (nel primo senso, v., part. [sent. n. 10 del 2010](#); nel secondo, sentt. nn. [39 del 2013](#) e [99 del 2014](#)), o – per ciò che qui più da presso interessa – a quello dei rapporti tra CEDU e diritto interno (spec. [sent. n. 317 del 2009](#), laddove la Corte ha ritenuto potersi far salve norme interne giudicate lesive dell'art. 117, I c., in quanto "coperte" da altre norme costituzionali bisognose di prioritaria protezione; va tuttavia osservato che la giurisprudenza più recente ([ord. n. 223 del 2014](#)) non discorre più di un "bilanciamento" tra la norma sulla normazione di cui all'art. 117 ed altre norme costituzionali (sulla questione, di recente, C. PADULA, [La Corte costituzionale ed i "controlimiti" alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1, Cost.](#), in [www.federalismi.it](#), 23/2014).

sottratta alla cognizione della Corte, quest'ultima non esita a mettere disinvoltamente da parte consolidate acquisizioni del processo costituzionale, quale quella per cui oggetto di giudizio possono unicamente essere, con le leggi, "atti" (aventi forza di legge) e non pure "fatti" o, appunto, norme non scritte, qual è quella di adattamento dell'ordine interno al diritto internazionale consuetudinario¹⁴. Allo stesso tempo non spiega – e la cosa è francamente stupefacente – come sia mai possibile che il giudizio su una norma a dire della Corte "inesistente", quale quella di adattamento a norme internazionali lesive dei principi suddetti, si concluda non già, com'era da attendersi, con una pronunzia d'inammissibilità bensì con una d'infondatezza¹⁵.

Il vero è che – come si è osservato, annotando "a prima lettura" la decisione *de qua*¹⁶ – la dichiarazione d'inammissibilità avrebbe portato diritto a fare attrarre nell'orbita della competenza dei giudici comuni la competenza alla risoluzione di siffatte questioni; e questo evidentemente non si è voluto (e non si vuole), né per il presente né per il futuro.

La Corte, in tal modo, fa capire che i rapporti con la Corte internazionale di giustizia richiedono comunque di passare attraverso la Consulta, che non possono cioè, in alcun caso o modo, considerarsi rimessi in ordine alla loro ridefinizione in ragione dei casi alla esclusiva spettanza dei giudici comuni. Una indicazione, dunque, netta, tranciante, laddove essa avrebbe invece potuto, con maggior profitto, risultare più sfumata nei toni e più articolata nella sostanza. Una critica, questa, che sento di dover indirizzare non soltanto al piano di esperienza al quale si fa ora riferimento ma anche all'altro, cui si è sopra accennato, dei rapporti con la Corte EDU, qui come lì, infatti, non escludendosi, a mia opinione, che si diano questioni che possano (e debbano) essere di diretta ed esclusiva pertinenza dei giudici comuni¹⁷. Basti solo pensare appunto a quanto si sarebbe avuto

¹⁴ Ho avuto modo di affacciare questo rilievo nel mio [La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria \(a margine di Corte cost. n. 238 del 2014\)](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (17 novembre). Riprende con ulteriori argomenti questa critica, ora, anche M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*.

¹⁵ Si è invece dichiarato favorevole al mantenimento del sindacato accentrato anche nella circostanza *de qua* e malgrado l'impostazione adottata dalla Corte F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *paper*.

¹⁶ V. nuovamente il mio *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti"*, cit.

¹⁷ Una illustrazione dei casi al ricorrere dei quali si giustifica l'applicazione diretta della Convenzione può, volendo, vedersi nel mio [Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 29 novembre 2014, § 4.1. Diversa impostazione dell'annosa questione, di recente, in I. CARLOTTO, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della*

nella circostanza odierna, in cui l'antinomia risulti tale da far considerare una delle norme in campo viziata da radicale nullità-inesistenza, e non da mera annullabilità: un vizio perciò subito rilevabile dal giudice comune, senza che allo scopo si debba (o, addirittura, si possa¹⁸) di necessità attivare il sindacato del giudice costituzionale¹⁹.

2. Il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale quale spia altamente indicativa della tendenza manifestata dal giudice delle leggi a riaffermare la centralità del proprio ruolo al piano dei rapporti con le Corti europee, l'astrattamente possibile attivazione dell'arma dei "controlimiti" e le tecniche decisorie che si prestano ad essere utilizzate in via "sussidiaria" rispetto a quest'ultima

Venendo a dire specificamente dei rapporti tra la Corte costituzionale e le Corti europee, una spia altamente attendibile dell'intento della prima volta a recuperare parte del terreno dapprima ceduto ai giudici comuni può vedersi, sul versante delle relazioni con la Corte dell'Unione, nell'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale da parte dello stesso giudice costituzionale (dapprima, come si sa, esclusivamente in sede di giudizi in via d'azione e quindi anche nei giudizi in via incidentale, mentre rimane ancora

Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona, in AA.VV., Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?, cit., 177 ss., e A. GUZZAROTTI, Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del "doppio binario" alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti, in Giur. cost., 3/2014, 3025 ss.

¹⁸ Può invero discutersi se ogni volta che la Corte dovesse riscontrare la radicale nullità-inesistenza di una norma portata al suo giudizio debba dichiarare l'inammissibilità della questione ovvero se possa trattenerla presso di sé e dichiarare l'incostituzionalità della norma stessa. La prima soluzione è, a mia opinione, la più rigorosa e persuasivamente argomentabile al piano teorico, specie ove si voglia tener fermo il principio, dalle risalenti ascendenze storico-positive, secondo cui ciò che è radicalmente nullo non produce *ab initio* alcun effetto, mentre le norme caducate dalla Corte perdono – come si sa – efficacia, ai sensi dell'art. 136 cost., unicamente a far data dalla decisione che ne abbia accertato l'incostituzionalità. D'altro canto, non si vede come si possa annullare una norma che... *non c'è*. Ciò malgrado, resta fermo il fatto che, secondo "diritto vivente", la Corte ha fin qui manifestato il fermo orientamento ad attrarre a sé ogni questione di legittimità costituzionale (in larga accezione), non rifiutandosi di pronunziarsi laddove l'invalidità risulti di tipo "forte", nel senso appena precisato.

¹⁹ È infatti evidente che, ove una norma di legge contraria a CEDU (o ad altra Carta dei diritti resa efficace in ambito interno) dovesse considerarsi affetta da radicale nullità-inesistenza, al giudice nazionale potrebbe non restare altra via praticabile di quella di fare subito applicazione della Convenzione (o altra Carta), così come peraltro alle volte si fa, dandosi applicazione diretta della Costituzione. Nel caso ora ipotizzato, anzi, come si è fatto altrove notare, in realtà il vuoto legislativo è meno appariscente o, diciamo pure, non c'è, sol che si pensi che la fonte internazionale dispone pur sempre di una base legislativa sulla quale far poggiare gli effetti da essa prodotti nell'ordine interno.

tutta da esplorare l'evenienza che se ne abbia riscontro in altre sedi ancora, e segnatamente in sede di conflitti)²⁰.

In tal modo, il giudice costituzionale dà mostra di aver finalmente maturato la consapevolezza di dover prendere l'iniziativa dello smistamento delle carte, vale a dire di non lasciare ai soli giudici comuni il privilegio, dapprima accordatogli, di impostare le questioni di "comunitarietà". È pur vero che ad oggi i casi si contano – come si sa – col contagocce. E domani? Credo che sia facile previsione, alla luce dell'esperienza del tempo presente, quella per cui l'utilizzo dello strumento in discorso da parte del giudice costituzionale dovrebbe restare un fatto molto sporadico, praticamente eccezionale, seppur gravido di implicazioni di ordine istituzionale di non poco momento. È infatti di tutta evidenza che la medesima questione, laddove prospettata da un giudice comune ovvero da quello costituzionale, può apparire agli occhi della Corte dell'Unione profondamente diversa. La "difesa" preventiva – ché di questo molte volte si tratta – delle ragioni riportabili al disposto legislativo interno potenzialmente suscettibile di confliggere con quello eurounitario è di certo più agguerrita ed efficace laddove posta in essere dal giudice costituzionale rispetto al modo con cui le ragioni stesse possono essere rappresentate dal giudice comune; e ciò – si faccia caso – a prescindere, ovviamente, dalla bontà degli argomenti adottati, dal momento che sul piatto della bilancia il giudice costituzionale può deporre un'*auctoritas* di cui – piaccia o no – è sprovvisto il giudice comune, fosse pure quello della legittimità.

È poi da mettere in conto l'eventualità che, in sede di rinvio pregiudiziale come pure in altre sedi, il giudice costituzionale possa prima o poi far valere la dottrina dei "controlimiti", il cui uso è stato – come si sa – molte volte minacciato ma ad oggi mai praticato sul fronte dei rapporti col diritto e la giurisprudenza dell'Unione.

²⁰ Una recente, approfondita riflessione sul tema può vedersi in R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in AA.VV., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, a cura di A. Ciancio, Aracne, Roma 2014, 431 ss., nonché in www.rivistaaic.it, 3/2014; v., inoltre, L. CAPPUCCIO, *I giudici italiani ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, cit., 81 ss.; T. CERRUTI - M. LOSANA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale: nuove prospettive e vecchie incertezze*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2014, 534 ss., e G. RAITI, *La vexata quaestio di una "nuova giustizia costituzionale europea". Attraverso la lente del ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte delle Corti costituzionali nazionali*, in AA.VV., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico*, cit., 237 ss. Infine, D. LAMPARELLA, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori italiane e la Corte di giustizia europea*, ESI, Napoli 2014.

D'altro canto, non soltanto questa eventualità si è già verificata, al piano però dei rapporti intrattenuti da tribunali costituzionali diversi dal nostro con la Corte dell'Unione²¹; di più, proprio il nostro giudice delle leggi ha messo in atto la dottrina suddetta nella decisione, sopra richiamata, relativa ai rapporti tra norme internazionali consuetudinarie e diritto interno. È vero che non è affatto la stessa cosa che se ne sia fatto uso in quest'ambito materiale di esperienza e che possa farsene sul terreno dei rapporti col diritto dell'Unione. In via di principio, nondimeno, non dovrebbe farsi differenza alcuna tra il caso che la minaccia per i nostri principi fondamentali venga da questa o quella fonte esterna.

A mia opinione, l'eventualità ora discussa dipende dal modo complessivo con cui si impostano tutti i rapporti in discorso; o, meglio, dal modo con cui li imposta il nostro giudice delle leggi.

Se, infatti, ci si irrigidisce e si adotta una prospettiva d'ispirazione formale-astratta, assumendo che le norme di origine esterna debbano in ogni caso prestare ossequio ai principi fondamentali della Carta costituzionale, il rischio sopra paventato, per remoto che invero appaia essere, non può escludersi in partenza.

Se, di contro, i rapporti tra gli ordinamenti (e, perciò, in buona sostanza, le Corti che ne sono istituzionalmente garanti) sono rivisti da una prospettiva d'ispirazione assiologico-sostanziale, nella quale da tempo mi riconosco, le probabilità riportabili al rischio stesso si riducono talmente da portare a considerare quest'ultimo praticamente fugato.

Dalla prospettiva qui nuovamente caldeggiata, infatti, gli ordinamenti appaiono, sì, distinti ma anche in via di progressiva, crescente integrazione: una integrazione che si rende palese specificamente sul terreno e per le esigenze ricostruttive della *teoria dell'interpretazione*, anziché su quello congeniale alla *teoria delle fonti*. Una interpretazione che – come la stessa giurisprudenza costituzionale ha tenuto a precisare, nella già richiamata [sent. n. 388 del 1999](#) – è naturalmente portata ad assumere forma circolare, puntando all'incontro ed alla stessa immedesimazione nei fatti interpretativi della Carta costituzionale e delle Carte internazionali dei diritti²²: Carte, dunque, tutte

²¹ Sulla dura contrapposizione manifestata da altri tribunali costituzionali avverso pronunzie della Corte dell'Unione giudicate inaccettabili e, perciò, insequibili, v., per tutti, O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss.

²² Nella pronunzia *de qua* si trova, infatti, l'ispirata affermazione secondo cui le Carte suddette e la Costituzione “*si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione*”.

idonee a proporsi l'una quale fattore di incessante rigenerazione semantica dell'altra (o delle altre), senza alcun ordine gerarchico preconstituito tra di esse (un ordine, invece, reso palese dalla teoria delle fonti e che vede le Carte dei diritti in genere, e tra di esse la CEDU, detenere una posizione comunque "subcostituzionale", siccome tenute a prestare ossequio ad ogni norma della Costituzione, nel mentre la Carta dei diritti dell'Unione, che pure possiede rango *quodammodo* "paracostituzionale", è pur sempre obbligata a soggiacere al rispetto dei "controlimiti").

Ora, la strutturale larghezza degli enunciati delle Carte tutte, di quella nazionale come delle altre aventi origine esterna, è tale da rendere non disagevole l'impresa della loro riconciliazione nei fatti interpretativi. Piuttosto, sono le Corti, che danno voce alle Carte commutandole in "diritto vivente", a frapporre talora non lievi ostacoli a siffatta opera di reciproca armonizzazione. Possono tuttavia al riguardo soccorrere talune tecniche decisorie forgiate tanto dalle Corti europee quanto dal giudice costituzionale allo scopo di allontanare il rischio del reciproco conflitto (o, quanto meno, di mascherarlo ad arte), tecniche dunque che si prestano a farsi valere in via "sussidiaria" rispetto a quella dei "controlimiti".

Se n'avuta eloquente testimonianza soprattutto sul versante dei rapporti con la Corte EDU; non è tuttavia da escludere che possa aversene riscontro, magari con adattamenti, altresì sul versante dei rapporti con la Corte dell'Unione.

Tre le tecniche che considero le più efficaci sul fronte dei rapporti con la Corte di Strasburgo: quella per cui la Convenzione, nel suo farsi "diritto vivente", richiede di essere rispettata unicamente nella sua "sostanza"; l'altra per cui il giudizio ha da esser formulato ogni volta avuto riguardo alle norme (e, perciò, ai beni della vita da esse protetti) nel loro comporsi in "sistema", non già – come invece, a dire del nostro giudice costituzionale, farebbe la Corte europea – prestando attenzione al solo diritto fondamentale del quale si reclama tutela; infine, l'altra ancora per la quale deve darsi la preferenza alla norma (o, meglio, al *sistema di norme*) in grado d'innalzare il livello della tutela dei diritti e degli interessi in genere costituzionalmente protetti (una tecnica, quest'ultima che – come si vedrà – può, in realtà, considerarsi quale una variante della seconda, in talune sue peculiari espressioni).

Di esse dobbiamo ora, pur se con la necessaria speditezza imposta a questa riflessione, dire.

3. *Le tecniche “difensive” poste in essere dalla Corte costituzionale al fine di smarcarsi dal pressing delle Corti europee, segnatamente della Corte di Strasburgo, e gli oscillanti e non sempre lineari utilizzi da parte di quest’ultima delle tecniche decisorie di cui è dotata, in ispecie della dottrina del “consenso” (notazioni critiche)*

La prima tecnica è quella che lascia maggiormente perplessi. Dire che la giurisprudenza convenzionale debba essere rispettata unicamente nella sua “sostanza” – in disparte la concettuale vaghezza ed ambiguità di siffatto criterio discrezionale – equivale infatti a considerare la Convenzione una fonte *sui generis* o, meglio, valevole solo *in via tendenziale* o *relativa*, ad alcune sue norme dovendosi prestare ossequio e ad altre invece no²³. Non è perspicuo opporre che la selezione in parola non si applica sul fronte dei rapporti col diritto dell’Unione per la elementare ragione che alle decisioni della Corte dell’Unione stessa è riconosciuta la natura di vere e proprie fonti del diritto, natura che sarebbe invece non predicabile per le pronunzie del giudice di Strasburgo e che, dunque, giustificerebbe (non si sa bene, però, in nome di quale principio) una selezione interna a queste ultime, imponendosene appunto il rispetto unicamente della “sostanza”. Il ragionamento infatti non fila, per la elementare ragione che tutte le decisioni in parola sono da vedere quali la proiezione di un diritto *vigente*, la sua conversione appunto in *vivente*. Per quest’aspetto, non può farsi dunque differenza alcuna di trattamento. La differenza, semmai, potrebbe riscontrarsi, come appunto la vede il nostro giudice delle leggi, al piano dei limiti, assumendo che l’una Carta (quella convenzionale) vada incontro, al momento della sua immissione in ambito interno, a limiti più gravosi di quelli propri di altra Carta (dell’Unione), ovvero sia che diverso sarebbe appunto il “posto” detenuto da tali Carte nel sistema delle fonti; in disparte però le riserve, altrove illustrate, che un siffatto teorico argomentare solleva, sarebbe questa comunque cosa diversa rispetto al considerare solo occasionalmente (a seconda cioè che sia, o no, in gioco la “sostanza” suddetta) vincolante l’una Carta.

La seconda tecnica, poi, appare persino scontata nell’esito cui perviene (chi potrebbe mai negare che un documento normativo in genere, e specificamente la Costituzione, richieda di esser considerato sempre nel suo insieme significante, quale “sistema” appunto, e che debba perciò farsi luogo agli opportuni bilanciamenti, in ragione

²³ Una “strategia elusiva”, secondo l’efficace qualificazione datane da un’avveduta dottrina (E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l’ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, cit., 765), quella posta in essere dalla Consulta a mezzo della tecnica in discorso.

dei casi, tra gli interessi da essa protetti?). Muove, peraltro, da un assunto assai discutibile (e, a mia opinione, contraddetto da non poche vicende processuali), vale a dire che la Corte di Strasburgo si prenderebbe sempre (e solo) cura del singolo diritto la cui tutela le è sollecitata, diversamente dal giudice nazionale, che di necessità ha da guardare all'intero spettro degli interessi costituzionalmente protetti, non di rado dovendo bilanciare quello del ricorrente con quello o quelli di altri soggetti o dell'intera collettività. Anche sotto questo riguardo, tuttavia, non è raro riscontrare decisioni della Corte europea nelle quali ha luogo siffatta ponderazione (ad es., tra interessi individuali e quello della sicurezza o altri interessi di ordine collettivo)²⁴. Certo, gli esiti possono non essere coincidenti, dal momento che legittimamente diversi possono essere gli angoli visuali dai quali si guarda ai medesimi interessi in gioco, secondo quanto ha, ad es., mostrato la nota vicenda delle leggi d'interpretazione autentica, nel corso della quale si è assistito ad uno scontro malcelato tra punti di vista irriducibili. Che ciò possa accadere è, dunque, da mettere in conto; altra cosa è però l'artificiosa contrapposizione tra le Corti per ciò che attiene al rilievo da assegnare al "sistema".

Diciamo le cose come stanno. Il nostro giudice costituzionale ha fatto appello al "sistema" allo scopo di smarcarsi da un *pressing* del giudice europeo ritenuto insopportabile. Laddove infatti si rivelano armi spuntate altre tecniche in uso presso i giudici in genere²⁵, quale ad es. il *distinguishing*, ecco che il ricorso al "sistema" offre opportunità preziose di diversificazione dell'indirizzo del giudice nazionale rispetto a quello del giudice europeo.

Si spiega in questa luce anche l'uso della terza tecnica, che induce alla ricerca della massimizzazione della tutela: forse, quella che meglio di ogni altra si presta ad offrire una via di fuga al giudice nazionale inseguito da presso dal giudice europeo²⁶.

Ci s'intenda. Il canone della tutela più "intensa" – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – si pone oggi quale l'autentica *Grundnorm* o il *Grundwert* delle relazioni

²⁴ Dunque, tutt'al più può rilevarsi una diversa, graduata sensibilità per le esigenze del "sistema" da parte della Corte di Strasburgo rispetto alla Corte nazionale, non già però una mancanza della stessa.

²⁵ ... ma specialmente presso quelli materialmente costituzionali, tra questi dovendosi ormai annoverare – come si è in altri luoghi osservato –, perlomeno in modo tendenziale, le stesse Corti europee.

²⁶ Opportunamente, dunque, invita a fermare in modo particolare l'attenzione sulla tecnica decisoria in parola anche E. LAMARQUE, *op. et loc. ult. cit.*

interordinamentali: una sorta di “metacriterio” – com’è stato, ancora da ultimo, rilevato²⁷ – in applicazione del quale possono (e devono) operarsi i bilanciamenti su basi di valore tra gli interessi costituzionalmente protetti, anche appunto nella loro proiezione o dimensione interordinamentale²⁸. Ed è chiaro che nel criterio in parola tutti i protagonisti del “dialogo” intergiurisprudenziale devono riconoscersi, esattamente così come si fa con le regole del gioco ancora prima di dare inizio alla partita ed affinché questa possa correttamente svolgersi e giungere a compimento.

²⁷ G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*, che riprende con originali svolgimenti un termine già presente in alcuni miei scritti (tra i quali, ora, *Lo Stato costituzionale e le sue “mutazioni genetiche”*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 837 ss.). Sul canone in parola v. inoltre, di recente, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., e T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, cit., 389 ss.

²⁸ Una severa critica nei riguardi del canone in parola (e di chi, come me, ad esso si rifà in sede di ricostruzione delle relazioni interordinamentali) può ora vedersi in R. BIN, *L’interpretazione conforme*, cit., spec. al § 5, che rileva come la tecnica decisoria in discorso punti ad offrire una rappresentazione “irenica” dei rapporti tra le Corti (e del “dialogo” che tra di esse si svolge), mascherando in realtà i conflitti, anche particolarmente aspri, non di rado tra le stesse insorgenti.

Come mi sono sforzato di mostrare in precedenti lavori, alcuni dei quali richiamati dallo stesso B., e tento qui di precisare ulteriormente, non escludo affatto che ciò possa talora aversi, allo stesso tempo però non nascondendomi altresì l’opposta evenienza, vale a dire che comunicando a vicenda (“dialogando”, appunto) le Corti possano ricercare assieme soluzioni maggiormente appaganti rispetto al passato e – fin dove possibile – convergenti, a beneficio dei diritti. Ogni strumento non è, in sé e per sé, né buono né cattivo: tutto dipende dall’uso che concretamente se ne fa.

Ora, il canone della massimizzazione della tutela – come si viene dicendo – risulta, a mia opinione, stabilito sia dalle Carte di origine esterna, nelle quali è espressamente enunciato, che dalla Carta costituzionale, una volta fatta previamente l’opzione metodico-teorica volta a rintracciare nei valori fondamentali positivizzati (e, segnatamente, in quelli di libertà eguaglianza dignità) il perno attorno al quale ruotano e dal quale stabilmente si tengono le relazioni interordinamentali. Negare l’esistenza del canone in discorso, quale norma fondamentale delle relazioni stesse, dunque non si può, a meno che non si voglia, allo stesso tempo, negare che i valori suddetti stiano a base sia dell’ordine interno nella sua interezza che delle proiezioni che esso ha fuori di sé.

Riprendendo un argomento altrove espresso, B. obietta che “i diritti tendono ad essere ‘a somma zero’, nel senso che l’aumento di tutela assicurato ad uno comporta una diminuzione di tutela per un altro”. La qual cosa, ancora una volta, può *talora* essere ma, appunto, *non sempre*; e, comunque, ammesso che le cose stiano davvero così, perché escludere in partenza, in modo assiomatico, che si possano conseguire sintesi assiologiche *complessivamente* ancora più appaganti di altre precedentemente raggiunte, magari proprio grazie alla mutua rigenerazione semantica tra le Carte e, perciò, in buona sostanza, al “dialogo” intergiurisprudenziale? Perché dunque negare in modo assiomatico che si possano confrontare le tutele offerte da questa o quella Carta (e, a conti fatti, Corte) in relazione al medesimo caso, ricercando pertanto quella che si mostri idonea a fissare più in alto delle altre la sintesi tra i valori in gioco?

Anche, infatti, a volgere lo sguardo all’esperienza (e, perciò, al modo concreto di atteggiarsi dei rapporti interordinamentali), a me pare che si debba rifuggire dal darne qualificazioni trancianti, a senso unico, ispirate ad un pessimismo senza speranza, che inducano cioè a concludere che v’è solo il conflitto costante, a tutto campo, senza fine. Non di sole guerre sono (per fortuna...) fatte le relazioni tra i protagonisti delle vicende riguardanti i diritti ed i modi della loro salvaguardia in sede giudiziale.

Così, in effetti è, alla luce di quanto stabilisce l'art. 53 sia della CEDU che della Carta di Nizza-Strasburgo e di quanto è dato desumere dalla nostra Carta costituzionale, vista appunto nel suo fare "sistema" (e, segnatamente, a mia opinione, dagli artt. 2 e 3: la coppia assiologia fondamentale, come la si è altrove chiamata, in funzione servente della quale si dispongono le norme costituzionali restanti, comprese quelle che danno l'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, tutte appunto riportandosi al principio personalista quale punto fermo da cui ogni norma si tiene e cifra identificante e qualificante la Carta repubblicana). Ed allora, in astratto, le stesse Corti europee potrebbero a buon titolo far appello al "metacriterio" suddetto, in esso rinvenendosi il fondamento dell'applicazione delle Carte di cui esse sono garanti in ambito interno. Nei fatti, tuttavia, come si diceva, il richiamo al canone in parola può (e non a caso) più di frequente aversi proprio per iniziativa del giudice nazionale che si senta accerchiato da una giurisprudenza europea evidentemente non gradita.

Come che sia di ciò, un punto merita di essere messo in particolare evidenza; ed è che, evocandosi in campo il canone della miglior tutela, il giudice – checché se ne dica da parte di quanti, ancora in tempi recenti, hanno tentato di darne una spiegazione conciliante con l'impianto d'ispirazione formale-astratta dei rapporti tra CEDU e diritto interno (e, segnatamente, con la qualifica della prima in termini di fonte "subcostituzionale") di giurisprudenziale fattura²⁹ – fa luogo ad un'autentica rivoluzione copernicana: abbandona il terreno della ricostruzione su basi formali-astratte dei rapporti tra le fonti (e gli ordinamenti di appartenenza) ed ambienta la ricostruzione stessa ad un piano assiologico-sostanziale. Non è più, dunque, la *teoria delle fonti* il terreno elettivo per far luogo a siffatta ricostruzione – come opinano la giurisprudenza costituzionale ed i suoi benevoli commentatori – bensì, come si accennava poc'anzi e si è ora in grado di comprendere appieno, la *teoria dell'interpretazione*: non le *fonti*, a motivo della loro forma o provenienza, si giocano la partita, ma direttamente ed esclusivamente le loro *norme*, quali che siano appunto gli atti cui debbono la loro produzione. E, poiché le norme hanno senso per il modo con cui "vivono" attraverso la giurisprudenza che se ne fa portatrice e garante, ecco che la competizione tra le norme stesse, in vista del conseguimento dell'obiettivo dell'innalzamento della tutela, interamente si risolve nella competizione tra le Corti che la tutela medesima offrono, dando fondo a tutte le risorse argomentative di cui dispongono.

²⁹ Ancora G. D'AMICO, nello scritto appena cit.

È da chiedersi perché mai il nostro giudice costituzionale abbia messo in campo le tecniche delle quali si è rapidamente discusso specificamente sul terreno dei suoi rapporti con la Corte di Strasburgo, piuttosto che su quello in cui si confronta con la Corte dell'Unione. Può darsi che ciò si debba al fatto che la Consulta oggi tema di più il *pressing* – come lo si è anche sopra chiamato – della prima Corte; può anche darsi che su quel terreno reputi di avere carte da giocare di cui pensa di non disporre sul versante dei rapporti con la Corte dell'Unione, o, magari, può darsi che le due evenienze ora prospettate non siano reciprocamente alternative ma possano ricorrere assieme.

Sta di fatto che non è solo il giudice costituzionale a tenere – come potrebbe dirsi, mutuando una nota espressione sportiva – una guardia stretta; alle volte, anche il giudice europeo appare essere guardingo, giocando di rimessa ed avendo cura perciò di piazzare solo di tanto in tanto un buon colpo, senza tuttavia scoprirsi.

Si pensi, ad es., al modo (o, meglio ai modi, non sempre per vero uniformi e lineari) con cui la Corte di Strasburgo mette in campo la tecnica del “consenso”, facendone un uso all'insegna del principio dello *stop and go*, ora cioè arretrando e dando largo spazio alle “tradizioni” costituzionali nazionali, in vista della loro perdurante affermazione, ed ora, di contro, circoscrivendo l'area della loro possibile implementazione nell'esperienza e l'ulteriore riproduzione nel tempo³⁰.

³⁰ Notazioni di vario segno al riguardo in G. RAIMONDI, [La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo](#), in www.europeanrights.eu, 11 gennaio 2013, e R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. p. 214 ss. Sulla dottrina del margine di apprezzamento, tra i molti altri e di recente, v. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3/2014, 787 ss.; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, cit., 387 ss. Con specifico riguardo alle prospettive aperte per la sua ulteriore valorizzazione dal prot. 15, E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1021 ss.

Possono tornare utili, allo scopo di avere conferma di quest'assunto, alcune esemplificazioni in relazione a taluni campi materiali sui quali insistono diritti dei quali si reclama oggi, in modo particolarmente vigoroso e pressante, tutela.

4. *L'andamento a fisarmonica della giurisprudenza europea, volta ora a fare espandere ed ora a contrarre l'area entro cui possono affermarsi le tradizioni costituzionali nazionali (esemplificazioni con specifico riguardo all'ambito bioetico)*

L'utilizzo a fisarmonica delle tradizioni nazionali da parte della Corte di Strasburgo, abilitate ora ad espandersi ed ora però costrette a contrarsi ed a ripiegare a fronte del bisogno di far valere i diritti riconosciuti dalla Convenzione, è vistoso (e, a mia opinione, destinato a crescere ulteriormente) soprattutto in ambito bioetico, laddove cioè si avanzano frequenti e pressanti istanze volte alla rimozione di antiche e radicate incrostazioni che impediscono o frenano il finale decollo e l'effettiva affermazione dei diritti che ad esso fanno capo; e va detto che, sia pure con qualche remora non rimossa e talune perduranti oscillazioni, in molti casi la giurisprudenza europea si mostra sensibile e sollecita ad accoglierle. Di contro, in ambito economico-sociale – com'era, d'altronde, prevedibile –, i diritti hanno trovato (e trovano) difficoltà rilevanti ad affermarsi, in ragione dei costi rilevanti che il loro appagamento comporta, specie nel presente contesto segnato da una crisi soffocante ed ormai in modo incontenibile dilagante, di cui ovviamente la giurisprudenza europea non può non tener conto. Ciononostante, non fanno difetto pronunzie, anche molto recenti, quale quella della Corte di giustizia relativa al precariato nella scuola o quelle, cui si è poc'anzi fatto cenno, della Corte EDU in tema di leggi d'interpretazione autentica, con le quali si è data voce ad esigenze largamente avvertite e fin qui rimaste inascoltate, pur comportando il loro appagamento costi non indifferenti³¹.

I maggiori passi in avanti, al piano della tutela, si sono nondimeno fatti – come si diceva – soprattutto in campo bioetico, laddove la sensibilità dei giudici nei riguardi dei

³¹ Dei “limiti alla permeabilità economico-sociale” della CEDU ha, di recente, discorso N. NAPOLETANO, *Estensione e limiti della dimensione economica e sociale della Convenzione europea dei diritti umani in tempi di crisi economico-finanziaria*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2/2014, 389 ss., spec. 417 ss., e lett. *ivi*.

diritti in tale campo emergenti ha avuto modo di manifestarsi con particolare evidenza³², specie al confronto di un passato, anche recente, assai poco gratificante, allo stesso tempo rivelandosi parimenti palesi i ritardi e le complessive carenze della legislazione a fronte di una domanda sociale in modo vistoso sempre più avanzata e pressante. Il punto è che l'operato, pur fattivo ed incisivo, dei giudici va incontro a limiti strutturali, di sistema, tant'è che – come si vedrà più avanti con esempi – non di rado i giudici stessi (e, segnatamente, quelli materialmente costituzionali, nel senso sopra precisato) non hanno potuto far altro che tracciare il verso lungo il quale dovrebbe avviarsi la futura regolazione legislativa, all'insegna dei principi somministrati dalla giurisprudenza, senza nondimeno fare appieno le veci della regolazione stessa.

In quest'ambito, la giurisprudenza europea sembra volersi muovere con studiata cautela, preoccupata di non esercitare un'eccessiva pressione sugli operatori nazionali, allo stesso tempo tuttavia non trattenendosi dal dare – laddove possibile – indicazioni circa il modo migliore col quale dare appagamento a diritti ad oggi largamente trascurati. La tecnica del “consenso” trova invero qui modo di esprimersi in modo elastico, tale da conciliare le aspettative delle tradizioni costituzionali nazionali alla loro salvaguardia con le aspettative della Convenzione a dare una tutela accresciuta rispetto a quella offerta dalle tradizioni stesse, magari facendovi luogo con la necessaria gradualità. In altri luoghi³³ mi sono già dichiarato dell'idea che si tratta di una tattica o vera e propria strategia processuale accorta e però, allo stesso tempo, incisiva ed alla lunga, con ogni probabilità, vincente. Prendere di petto le questioni sollevate e dare risposte troppo avanzate rispetto ai tempi equivarrebbe – è pressoché certo – a sollevare un'aspra reazione in ambienti nazionali. Con la tattica dei piccoli passi, invece, il terreno viene gradualmente conquistato e le postazioni man mano raggiunte mantenute salde.

Si pensi alle vicende del matrimonio tra persone dello stesso sesso, del riconoscimento del diritto del figlio ad avere notizie circa le proprie origini biologiche, del diritto dei carcerati ad espriare in luoghi adeguati la pena, senza pregiudizio della loro dignità, della fecondazione medicalmente assistita, e via dicendo. Sono tutti casi in cui la giurisprudenza europea ha avuto modo di esprimersi con varia capacità di penetrazione nelle mura della cittadella statale, rimettendosi nondimeno largamente a soluzioni

³² Riferimenti in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit.

³³ ... e, tra questi, [Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali](#), in www.federalismi.it, 18/2014, spec. al § 7.

originali, differenziate da Stato a Stato, al fine di apprestare un'adeguata tutela ai diritti. E così se, in merito al matrimonio tra gli omosessuali, la Corte EDU ha mostrato di ritenere compatibili con la Convenzione tanto le legislazioni che lo riconoscono quanto quelle che lo negano, assumendo un atteggiamento a prima impressione pilatesco, per i diritti la cui tutela è stata sollecitata nel corso delle altre vicende sopra evocate la Corte stessa non ha mancato di precisare le condizioni al verificarsi delle quali la normativa nazionale può rimettersi in asse e riconciliarsi appieno con la CEDU.

È interessante notare come la giurisprudenza costituzionale si sia quindi, in più occasioni, disposta a ruota delle indicazioni di principio date dal giudice europeo, alle volte, persino riprendendo i medesimi argomenti addotti dalla Corte di Strasburgo (come nel caso del diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche – [sent. n. 278 del 2013](#), che si discosta da un precedente e divergente orientamento – o nel caso del diritto dei carcerati ad avere salvaguardata la propria dignità nei luoghi in cui espiano la pena: [sent. n. 279 del 2013](#)), pur differenziandosi talora al piano delle tecniche decisorie. Così, specificamente, nella seconda delle pronunzie ora richiamate che, a differenza di quella immediatamente precedente (un'additiva di principio), è d'inammissibilità, nondimeno accompagnata da un fermo monito e dalla minaccia della sua possibile conversione in una decisione di accoglimento, nel caso che il monito stesso dovesse restare inascoltato.

Altre volte, invece, la Consulta ha marcato la distanza dall'indirizzo del giudice europeo (come a riguardo dei matrimoni tra omosessuali) e, tuttavia, ha pur sempre raccolto l'indicazione di quest'ultimo volta ad assicurare ai diritti sacrificati l'opportuna protezione (nell'esempio da ultimo fatto, già con la [sent. n. 138 del 2010](#) e, soprattutto, con la [sent. n. 170 del 2014](#), la Corte ha infatti indirizzato l'avvertimento al legislatore a fare finalmente luogo alla opportuna regolazione delle coppie composte tra persone dello stesso sesso; un monito “rinforzato”, nell'ultima pronunzia, per effetto dell'aggiunta di un principio nel tessuto legislativo preesistente, al quale il legislatore è stato chiamato a dare seguito apprestando le regole congrue alla sua specificazione-attuazione).

5. La tendenza alla federalizzazione dei diritti ed alla conformazione della giurisdizione quale una giurisdizione per risultati

Gli esempi appena fatti (ed altri ancora che potrebbero nel medesimo verso farsi) insegnano molte cose.

Due, in ispecie, i profili meritevoli, a mia opinione, di speciale attenzione, reciprocamente in modo inscindibile intrecciati ed espressivi di linee di tendenza che vanno configurandosi in modo sempre più netto e marcato e che promettono, dunque, di consolidarsi e prolungarsi ulteriormente nel prossimo futuro.

La prima tendenza è quella che ho altrove chiamato alla *federalizzazione dei diritti*, alla ricerca cioè di un equilibrio, per quanto possibile effettivamente mediano e conciliante, al piano della tutela, tra la vocazione alla europeizzazione (ed internazionalizzazione) della tutela stessa con le aspettative, tuttora fortemente avvertite, alla sua tipizzazione in ambienti nazionali che ad oggi presentano “tradizioni” costituzionali ad ogni buon conto diverse. Si tratta, in altri termini, di ricercare, tanto al piano dei rapporti interordinamentali (tra giudici europei e giudici nazionali) quanto a quello dei rapporti in ambito interno (tra Corte costituzionale e giudici comuni), soluzioni idonee ad assecondare sia la spinta alla uniformità che quella alla diversificazione della tutela. Ciò che può aversi alla sola condizione che i giudici materialmente costituzionali dotino le loro pronunzie della necessaria duttilità strutturale, sì da renderle quindi adattabili da parte dei giudici chiamati a darvi seguito, in relazione alle peculiarità dei contesti e dei casi in essi emergenti.

Si spiega in questa luce, per un verso, il frequente ricorso alle *sentenze-pilota* da parte della Corte di Strasburgo³⁴ e, per un altro verso, la riscoperta delle *additive di principio* da parte del nostro giudice costituzionale, la cui funzione era stata da taluno affrettatamente giudicata ormai esaurita³⁵: le une e le altre sollecitando il pronto intervento del legislatore, innanzi tutto, e, laddove possibile, in via “sussidiaria”, quello dei giudici comuni, in vista dell’opportuno prolungamento e il completamento dell’opera di giustizia costituzionale (in senso materiale) posta in essere a mezzo delle pronunzie

³⁴ Sull’uso specie di recente fattone e le conseguenti implicazioni di ordine istituzionale, indicazioni possono aversi da M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *Germ. Law Journ.*, 2011, 1231 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Giuffrè, Milano 2012, 123 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 105 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 864; F. GALLO, [Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU. Bruxelles 24 maggio 2012](#), in [www.rivistaaic.it](#), 1/2013, spec. § 3; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 4/2013, spec. 452 ss.; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, cit., 383 ss.

³⁵ Indicazioni sui modi con cui la Corte fa uso di questi ed altri strumenti di decisione, di recente, in C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

suddette. È pur vero che talora, malgrado la buona volontà profusa, i giudici non possono che lasciare comunque imperfetta l'opera stessa, dal momento che senza l'intervento regolatore del legislatore essa non può in ogni caso prendere compiuta forma. È quanto, ad es., si è avuto, a mia opinione, in alcune delle vicende sopra richiamate, quale quella che ha portato all'astratto riconoscimento del diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche o del diritto degli *ex* coniugi il cui matrimonio sia stato sciolto in conseguenza del mutamento di sesso di uno dei due: diritti tutti condannati a restare solo sulla carta, privi di effettivo ristoro senza la necessaria posizione delle regole per mano del legislatore idonee a darvi appunto appagamento³⁶.

³⁶ Questa conclusione è contraddetta da una sensibile dottrina, a cui opinione il diritto offeso da legge dichiarata costituzionalmente illegittima con additiva di principio potrebbe ricevere ugualmente piena tutela anche in assenza delle regole legislative la cui adozione è sollecitata dalla pronuncia della Corte. Convengo che, in astratto, questo è talvolta vero; dubito tuttavia che lo sia nei casi cui si riferisce questa dottrina, come a riguardo dello scioglimento del matrimonio del transessuale, dalla dottrina stessa considerato differito all'entrata in vigore della disciplina legislativa con cui è data la regolazione della peculiare condizione della coppia *de qua* [così, B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2014, cui si allinea con precisazioni P. BIANCHI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 669 ss., spec. 671; la contraria opinione, nel senso qui indicato, è invece con puntuali argomenti sostenuta da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro it.*, 10/2014, I, 2680 ss.; in un non dissimile ordine di idee anche V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (breve note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in www.dirittifondamentali.it, 15 settembre 2014. Anche per A. RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un “nuovo” tipo di sentenze additive?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, *Osservatorio costituzionale*, gennaio 2015, senza l'intervento riparatore del legislatore i diritti della coppia non potrebbero esser tutelati, essendosi la Corte limitata ad accertare la violazione della Costituzione. Si sofferma sul sostanziale differimento degli effetti della pronuncia della Corte anche F. SAITTO, *L'incostituzionalità del “divorzio imposto” tra rettificazione di sesso e tutela del “pregresso vissuto” della coppia*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 2706 ss., spec. 2714. Di contro, ad avviso di C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in www.confronticostituzionali.eu, 27 giugno 2014, dalla decisione della Corte conseguirebbe “la legittimazione alla ragionevole estensione in via giudiziaria dei diritti dei conviventi riconosciuti dall'ordinamento alle coppie ‘non più eterosessuali’ che intendano conservare il loro legame, sino al debutto della disciplina legislativa volta a dettare le regole attuative del principio individuato dalla Corte”. Dell'idea che la pronuncia della Corte abbia creato “una sorta di *limbo* giuridico per i ricorrenti, quasi una ‘no law’s land’” si è, poi, dichiarato A. D'ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità «per mancanza di alternative»*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 672, favorevole al riconoscimento di una “(ri)costruzione in via giudiziaria di una sorta di nucleo minimo di diritti di una coppia omosessuale”, senza peraltro che resti escluso l'eventuale ricorso alle Corti europee conseguente al mancato “seguito” dato dal legislatore al principio aggiunto dalla Corte al dettato legislativo. Un cenno, infine, merita la opinione di S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Foro it.*, 10/2014, I, 2685 ss., che suggerisce al transessuale che voglia evitare lo sbocco altrimenti obbligato dello scioglimento del proprio matrimonio di limitarsi a far richiesta di autorizzazione all'intervento chirurgico senza passare alla seconda fase che porta alla rettificazione

La seconda tendenza è quella che si è altrove etichettata tramite la formula della *giurisdizione per risultati*³⁷.

Le esperienze alle quali si è qui fatto riferimento rendono, a parer mio, eloquente testimonianza di un modo di essere e divenire della giurisdizione alquanto distante da quello di un tempo, in cui i giudici, non “dialogando” o scarsamente “dialogando” tra di loro, ritenevano di poter e dover esercitare l’ufficio loro proprio in sovrana solitudine, offrendo ciascuno con le proprie forze la tutela che era in grado di dare, in ragione delle discipline legislative vigenti e delle condizioni complessive del contesto.

Oggi, però, come sappiamo, non è più così, non *può* più essere così.

Le Corti costituzionali e i giudici nazionali in genere sanno di doversi confrontare coi giudici europei e questi ultimi di doversi confrontare tanto *inter se* quanto coi giudici nazionali.

D’altro canto, le domande di tutela per i diritti e gli interessi in genere costituzionalmente protetti sono talmente pressanti, così come bisognosi di reciproco bilanciamento sono i beni della vita cui esse si riferiscono, da sollecitare naturalmente l’adozione di risposte da parte dei giudici nelle forme sopra succintamente descritte. Vengono così sempre più di frequente a formarsi delle vere e proprie *catene* di atti giurisdizionali funzionalmente connessi e volti alla produzione di effetti apprezzabili in modo adeguato unicamente appunto attraverso la osservazione dell’insieme degli atti stessi, piuttosto che di ciascuno di essi *uti singulus*.

La giurisdizione viene così a presentarsi quale una sorta di *work in progress*: un tratto, questo, che da una prospettiva di ancora più ampio respiro sembra connotare l’esercizio in genere delle pubbliche funzioni. Anche la legislazione, infatti, è sollecitata nel tempo presente, segnato da frequenti, diffusi ed aspri conflitti tra interessi costituzionalmente protetti, a dotarsi di una struttura per quanto possibile duttile, essenzialmente fatta da disposizioni di principio che quindi si rimettono, in ordine alla loro ottimale implementazione nell’esperienza, agli opportuni svolgimenti da parte dei giudici, destinatari di “deleghe” – come le si è soliti chiamare – di bilanciamento in concreto tra gli interessi stessi.

del sesso. La qual cosa, tuttavia, di tutta evidenza costringerebbe la persona a non vedersi legalmente riconosciuto il mutamento del sesso stesso, con grave pregiudizio della propria dignità].

³⁷ Tra gli altri scritti in cui se ne fa parola può, volendo, vedersi il mio *Lo Stato costituzionale e le sue “mutazioni genetiche”*, cit., spec. 848 ss.

Il rapporto tra legislazione e giurisdizione presenta varietà di movenze, a seconda dei contesti e nel tempo, alla ricerca di forme di equilibrio interno parimenti varie, comunque incertamente definite.

Secondo modello, il *diritto vigente* dovrebbe precedere e determinare il *diritto vivente*. Non di rado, tuttavia, come si è venuti dicendo, si ha proprio l'inverso, il secondo spingendo per la formazione e l'incessante rinnovamento del primo. In ogni caso, la duttilità strutturale degli atti è *condicio sine qua non* per la riuscita di operazioni di tutela comunque assai ardue ed impegnative.

Questa tendenza alla flessibilizzazione della tutela, alla sua conformazione – come si diceva – quale una sorta di *work in progress* cui concorrono operatori dislocati a livelli diversi e chiamati all'esercizio di funzioni parimenti diverse, mi sembra essere uno dei segni più marcati del tempo presente, che dunque – viene da pensare – troverà ulteriore conferma e consolidamento nel prossimo futuro³⁸.

³⁸ Notazioni critiche a riguardo della formula della “giurisdizione per risultati” svolge ora A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta OnLine*, 2015 (26 gennaio), ult. §, in nt. 62. Non mi sta a cuore difendere la scelta linguistica fatta, che può considerarsi più o meno felice; mi preme però precisare che essa non vuole essere caricata di valenze che non ha voluto e non vuole avere, assumendo una connotazione “economicistica” ovvero dando ad intendere di poter esprimere un significato “progettuale”, qual è quello che è proprio dell'attività di definizione dei fini della direzione politica da parte degli organi a ciò istituzionalmente preposti. Vuol piuttosto rappresentare – questo sì – lo sforzo incessante congiuntamente prodotto dalle Corti e reso palese dal “dialogo” che tra di esse in modo parimenti incessante s'intrattiene, specie laddove dovesse portare i frutti che da esso si attendono, volto a dare l'ottimale appagamento ai diritti (e, in genere, agli interessi costituzionalmente protetti), alle condizioni oggettive di contesto e pur nelle crescenti difficoltà che in esso si presentano, anche per effetto di quelle acclamate, complessive carenze denunciate dal legislatore, sulle quali opportunamente anche M. insiste nella sua approfondita analisi. È proprio grazie al “dialogo” intergiurisprudenziale infatti che non di rado le Corti hanno modo di mettere a punto e, del caso, correggere i propri orientamenti, nell'intento di innalzare fin dove possibile il livello di appagamento dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela, senza che dunque ciò debba di necessità tradursi, secondo l'appunto critico di M., in una “denegata (o insufficiente) giustizia”.

D'altro canto, che i singoli verdetti e gli indirizzi che gli stessi compongono siano “perfettibili” non mi pare che vada visto come un tratto negativo né della giurisdizione né di qualsivoglia altra funzione (a partire, ovviamente, da quella legislativa), non meritando – a me pare – di essere disprezzata l'aspirazione ad un accresciuto appagamento dei bisogni dell'uomo, specie di quelli più diffusamente ed intensamente avvertiti. Che poi siffatto appagamento possa in concreto... *appagare* solo fino ad un certo punto non è certo colpa dei giudici che fanno unicamente ciò che possono fare, nei limiti delle competenze di cui dispongono e del loro ruolo che – come qui pure, e già altrove, mi sono sforzato di mostrare – è (e *deve*) ad ogni buon conto restare diverso da quello degli organi d'indirizzo.

Sta di fatto (e gli esempi addotti, specie in relazione a questioni emergenti in ambito bioetico, ne danno eloquente testimonianza) che è difficile negare, per un verso, l'influenza che l'una Corte esercita sulle altre, testimoniata *per tabulas* dai fitti richiami che vicendevolmente si fanno, e, per un altro verso, la circostanza per cui, grazie al carattere duttile della struttura di molte pronunzie delle Corti materialmente costituzionali, che si limitano a fissare principi bisognosi di ulteriore

6. *L'attitudine della Costituzione a porsi in misura crescente, in struttura e funzione, quale una "intercostituzione" e delle Carte a competere l'una con le altre all'insegna del principio della massimizzazione della tutela dei diritti*

È nel modello sopra sinteticamente rappresentato che si specchia, nel modo maggiormente espressivo e genuino, il modo di essere della Costituzione del tempo presente e – credo di poter dire – dell'immediato futuro: una Costituzione che – come vado dicendo da tempo – ai miei occhi appare sempre di più essere una "intercostituzione"; ed "intercostituzionali", in senso materiale, sono altresì le Carte dei diritti che con la Costituzione condividono la funzione tipica e qualificante di dare il riconoscimento primo dei diritti inviolabili dell'uomo, tutte abbisognando di alimentarsi e sorreggersi a vicenda, rigenerandosi e – come si diceva – integrandosi l'un l'altra nei fatti interpretativi.

In un contesto siffatto, immaginare soluzioni o esiti degli ormai quotidiani confronti tra tutte tali Carte all'insegna della loro ordinazione gerarchica – il che, poi, in buona sostanza, equivarrebbe alla gerarchizzazione delle Corti che ne sono istituzionalmente garanti – sembra essere uno scenario fuori della realtà. O, meglio, l'aspirazione o, diciamo pure, la tentazione alla propria tirannica affermazione le Carte (*rectius*, le Corti) ce l'hanno pur sempre e, di tanto in tanto, non riescono a mascherarla o a frenarla, secondo quanto si dirà meglio a momenti, in sede di notazioni conclusive. Ma non è su questo terreno che può costruirsi e reggersi il modello qui vagheggiato di una sistemazione "federale" dei diritti. Di contro, l'ordine europeo in via di progressiva maturazione ed affermazione richiede di essere costruito ed incessantemente ricostruito e rinnovato, all'insegna del principio dell'astratta parità delle Carte (e delle Corti).

Il perno attorno al quale possono in modo efficace ruotare i rapporti in parola è quello cui si è sopra accennato trattando della tutela più intensa quale "metacriterio" delle

svolgimento tanto da parte del legislatore che dei giudici, vengono naturalmente a comporsi quelle "catene" di atti giurisdizionali, di cui è parola nel testo. "Catene" che incessantemente si rinnovano negli elementi di cui si compongono, conformandosi ed adeguandosi alla varietà dei casi che ne giustificano l'adozione, e grazie alle quali si rende possibile la impegnativa e non di rado sofferta ricerca di quell'innalzamento del livello di tutela dei diritti, di cui si è venuti dicendo. Negare l'esistenza delle "catene" suddette, di cui – come si è veduto – si hanno crescenti riprove, temo che possa, a conti fatti, equivalere a non mettere a fuoco, come si deve, proprio l'essenza del "dialogo" intergiurisprudenziale ovvero darne una travisata o sottostimata rappresentazione.

relazioni interordinamentali, l'autentica *Grundnorm* o il *Grundwert* – come si è detto – che sta a base del “sistema di sistemi” in via di progressiva affermazione.

Se quella della massimizzazione della garanzia dei diritti è la meta, il mezzo per raggiungerla – come pure si è veduto – è dato dal “dialogo”, di cui si ha un disperato, vitale e crescente bisogno. Perché è solo comunicando a vicenda che gli operatori possono spiegare le rispettive ragioni e – fin dove possibile – tentare di conseguire soluzioni concilianti e complessivamente appaganti: nella consapevolezza, tuttavia, che la partita non ha mai fine e che può subito ricominciare da capo con esiti i più varî, astrattamente imprevedibili.

In un sistema a tutela “federale” dei diritti non è possibile stabilire in partenza se “pesa” di più, al fine dell'appagamento dei diritti stessi, il principio somministrato dal livello più alto ovvero la regola o l'ulteriore principio (nel caso del giudice costituzionale) fissati al livello più basso. Quel che, in conclusione, è certo – a me pare – è che gli uni operatori hanno comunque bisogno degli altri, nessuno di essi potendosi sottrarre alle responsabilità, morali prima ancora che giuridiche, di fare la propria parte, e di farla fino in fondo, al servizio dei diritti.

7. La duplice risposta, di merito e di metodo, al quesito che dà il titolo a questa riflessione ed una succinta notazione conclusiva, in relazione al parere sull'adesione emesso dalla Corte di giustizia ed agli effetti conseguenti all'entrata in vigore del prot. 16, annesso alla CEDU

Si dispone ora degli elementi necessari al fine di tentare di dare una risposta al quesito che dà il titolo a questa riflessione, ferma la preliminare avvertenza posta all'inizio della stessa circa il carattere fortemente condizionato dell'analisi svolta e dei suoi conseguenti esiti ricostruttivi.

La risposta, in realtà, è duplice, a seconda che prenda forma al piano del merito ovvero a quello del metodo.

All'uno, parrebbe essere confermata la conclusione cui molti pervengono circa il diverso destino cui sono soggetti i diritti di natura economico-sociali e quelli etico-sociale, ovverosia quelli che costano di più e gli altri che costano di meno (o danno

l'apparenza di non costare³⁹). Si è tuttavia avuto modo di riscontrare che le Corti (e, segnatamente, quelle europee) non restano insensibili nei riguardi delle aspettative di tutela avanzate dai diritti relativi al primo ambito, esercitando quindi una pressione, ora più ed ora meno marcata e visibile, sulle autorità nazionali perché si adoperino al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, al fine di assicurare la tutela stessa.

Quanto ai diritti che insistono nel secondo ambito, la convergenza tra gli orientamenti dei giudici europei e quelli dei giudici nazionali (e, segnatamente, del giudice delle leggi) appare vistosa in relazione a taluni diritti, mentre per altri le divergenze rimangono di non secondario rilievo, per questo verso dunque riscontrandosi la maggiore attitudine delle “tradizioni” nazionali a resistere ai tentativi tendenti alla loro trasformazione e, in qualche caso, al loro superamento.

Per l'uno e per l'altro ambito (ma soprattutto, appunto, per il primo) – e vengo così a dire rapidamente del secondo piano – è apprezzabile lo sforzo prodotto dalle Corti per “dialogare” tra di loro; il che, ovviamente, non significa né che sempre s'intendano né che, pur intendendosi, condividano premesse e svolgimenti dei loro discorsi.

La tentazione di ciascuna Corte per la propria affermazione (e, perciò, in buona sostanza, l'affermazione della Carta di cui è garante) – come si accennava poc'anzi – è non di rado molto forte, sempre dietro l'angolo, vistosa, e con essa perciò la tendenza a chiudersi sterilmente ed insensatamente in se stessa, a difesa di un “nazionalismo” ingenuo ed infecondo, comunque impossibile, perché travolto dalla storia, oltre che rigettato dalle stesse Carte, per la loro più corretta ed avanzata lettura, al passo col tempo presente (e, più ancora, con quello futuro) e le sue più pressanti esigenze di tutela dei diritti.

Ancora da ultimo, se n'è avuta una riprova particolarmente espressiva (in senso negativo, s'intende) nella pronuncia della Corte di giustizia del dicembre scorso relativa all'adesione dell'Unione europea alla CEDU, cui si è fatto cenno all'inizio di questa riflessione, laddove la Corte – al di là del carattere più o meno pertinente degli argomenti adottati – non riesce, se non maldestramente, a mascherare il reale intento che la anima e che è appunto di tener fermo il principio incondizionato del primato del diritto dell'Unione stessa, riservando a se stessa l'esclusivo ed insindacabile potere di darne la

³⁹ Si pensi, ad es., al caso di cui a [Corte cost. n. 245 del 2011](#), con cui si è riconosciuto il diritto dell'immigrato clandestino ad accedere alle nozze con un cittadino. In quanto tale, il diritto parrebbe non costare nulla; solo che, per effetto del matrimonio, lo straniero irregolare può in tempi brevi acquistare la cittadinanza, con conseguente godimento di diritti in ambito economico-sociale di cui lo stesso straniero regolare non dispone.

corretta interpretazione ed assicurarne comunque il rispetto, allo stesso tempo fugando il rischio di veder i propri verdetti assoggettati all'eventuale "appello" alla Corte di Strasburgo. Reclamando a viva voce la salvaguardia dell'"autonomia" del diritto dell'Unione, il giudice lussemburghese persegue l'obiettivo (e, comunque, spinge vigorosamente all'esito) della sterile chiusura dell'ordinamento eurounitario in se stesso, allontanando e rendendo reciprocamente impermeabili – è questo ciò che maggiormente importa ai nostri fini la Carta di Nizza-Strasburgo e la CEDU, con conseguenze peraltro imprevedibili e – temo – assai negative altresì al piano dei rapporti con le Costituzioni nazionali.

In questo scenario, è da mettere in conto una reazione ugualmente vigorosa, aspra, della Corte di Strasburgo a fronte delle condizioni – come si diceva – praticamente impossibili risultanti dal parere sull'adesione emesso dalla Corte di giustizia, per quanto sia augurabile che essa non si abbia (o, quanto meno, che risulti contenuta), agevolando così la ripresa di un dialogo tra le Corti europee che possa in un non lontano futuro sollecitare il giudice dell'Unione (se non a tornare sui propri passi) a sfumare i toni perentori utilizzati nel parere sull'adesione. Allo stesso tempo, è da mettere in conto un rafforzamento del canale diretto che collega i giudici nazionali alla Corte di Strasburgo, reso peraltro ancora più saldo dall'entrata in vigore, ormai – si spera – vicina, del protocollo 16⁴⁰: un canale – mi viene da pensare – che verosimilmente sempre più di

⁴⁰ Sui prevedibili sviluppi conseguenti all'entrata in vigore del protocollo in parola, tra i molti altri che ne hanno variamente discusso, v. R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, cit., spec. il § 11; M. BARNABÒ, [La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo](#), in [www.federalismi.it](#), Focus Human Rights, 4/2013; P. GRAGL, *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model. For ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*, in *Eur. Law Rev.*, 38/2013; G. ASTA, *Il protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europea di tutela dei diritti umani?*, in *Com. internaz.*, 4/2013, 773 ss.; K. DZEHTSIAROU - N. O'MEARA, *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights : a magic bullet for dialogue and docket-control ?*, in *Legal Studies*, 3/2014, 444. Inoltre, i contributi all'incontro di studio su *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu*, svoltosi presso l'Università di Milano-Bicocca il 10 marzo 2014, i cui Atti sono in corso di stampa (alcuni scritti, peraltro, sono già consultabili: tra questi, O. POLLICINO, [La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 2 aprile 2014; R. CONTI, [La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea](#), in [Consulta OnLine](#), 2014 (16 maggio), e G. SORRENTI, [Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 8 luglio 2014); L. SEMINARA, [Le Protocole 16 a la Cedh: la Cour européenne des droits de l'homme va chez le guérisseur](#), in [www.rivistaoidu.net](#), 5/2014, 1030

frequente e con profitto sarà percorso dalla Cassazione, viepiù portata all'esercizio di quel ruolo di "nomofilachia europea" di cui, ancora di recente, ha reso testimonianza di voler essere sensibile interprete, al servizio dei diritti fondamentali e degli altri bisogni che in misura crescente le sono rappresentati⁴¹. Forse, è proprio il temuto consolidamento dell'asse che unisce i giudici nazionali alla Corte di Strasburgo ad aver concorso all'orientamento nel senso detto dell'opinione del giudice dell'Unione (espresso infatti, seppur corredato da non pertinenti rilievi, il riferimento al protocollo suddetto ed alle possibili – e, a dire della Corte di giustizia, negative – ricadute sul rinvio pregiudiziale).

D'altro canto – adesione sì o no –, alla luce di quanto stabilisce il protocollo in parola, nulla vieta ai giudici nazionali di ultima istanza (tra i quali – non si dimentichi – gli stessi tribunali costituzionali) di rivolgersi contemporaneamente ad entrambe le Corti europee (all'una in sede di rinvio pregiudiziale ed all'altra in sede consultiva)⁴²; ed è chiaro che non poco rilievo è da assegnare all'ordine con cui le Corti si pronunzieranno, il verdetto che precede potendo variamente influenzare quello che segue. Facendosi invece luogo all'adesione dell'Unione alla CEDU (sempre che, dopo l'*alt* venuto dal giudice di Lussemburgo, riesca prima o poi ad aversi...), nel relativo accordo potrebbe stabilirsi – come si diceva – la necessaria precedenza della pregiudizialità eurounitaria rispetto alla "pregiudizialità" convenzionale (se così vogliamo chiamare quella di cui al protocollo suddetto). La qual cosa è bensì vero che non avrebbe impedito né un domani verosimilmente impedirà alla pronunzia della Corte EDU di discostarsi da quella della Corte dell'Unione ma è pur vero che avrebbe offerto (o in seguito offrirebbe) a quest'ultima l'opportunità di far pesare il proprio punto di vista.

Per queste (ed altre ragioni⁴³), col parere suddetto la Corte dell'Unione ha fatto luogo ad una mossa avventata, un autentico *boomerang*, sol che si pensi che non è isolandosi o

ss.; N. POSENATO, *Il protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2014, 1421 ss.; I. RIVERA, *L'Europa dei giudici e dei diritti. Questioni di metodo dialogico*, in www.federalismi.it, 19/2014. Infine, volendo, anche il mio *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in www.rivistaaic.it, 1/2014.

⁴¹ La formula della "nomofilachia europea" è, ancora da ultimo, presente nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, illustrata dal Primo Presidente della Corte di Cassazione G. SANTACROCE in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, Roma 23 gennaio 2015, in www.cortedicassazione.it.

⁴² ... sempre che, beninteso, si versi su materia rientrante nella sfera di competenze dell'Unione (ma, come si sa, quest'ultima appare essere non poco estesa).

⁴³ Basti solo pensare alle opportunità parimenti concesse alla Corte di giustizia dall'accordo di adesione sottoposto al suo parere, segnatamente dalla previsione secondo cui la Corte stessa

fuoruscendo dal circuito in seno al quale prende forma e si svolge il dialogo intergiurisprudenziale che ci si rafforza ma, tutt'all'inverso, ci si indebolisce e, a conti fatti, insterilisce, a beneficio invece degli operatori che, proprio grazie al mutuo ed incessante dialogo, si rilegittimano senza sosta a vicenda.

Non è dunque su queste basi – come si sarà ormai capito – che si può fondare e far crescere un ordine autenticamente “intercostituzionale”, nel senso sopra indicato, il quale presuppone la pari condizione di tutte le Carte (e le Corti), sollecitate a dar vita ad un “gioco” che ogni volta si rinnova, aprendosi ad esiti astrattamente indefinibili, in vista del conseguimento della massima tutela possibile, alle condizioni complessive di contesto. Non è, insomma e per concludere, su basi siffatte che può prendere forma un vero “dialogo”, al posto di plurimi e reciprocamente incomprensibili monologhi, il quale presuppone che i parlanti si liberino di ogni sorta di preorientamento teorico-ideologico e si rendano quindi disponibili a giocare la partita alla pari, avendo per unico obiettivo quello dell’innalzamento – fin dove possibile – del livello della tutela. La qual cosa – come si è tentato di mostrare – può aversi solo se ciascuna Corte, non importa se europea o nazionale, prenderà finalmente consapevolezza del fatto che non necessariamente la miglior tutela è quella apprestata dall’ordinamento di appartenenza e che può darsi invece che essa si abbia attingendo ai materiali offerti da altra o altre Carte, tutte assieme alimentandosi reciprocamente nei fatti interpretativi, secondo la illuminata intuizione della pronunzia del 1999 della nostra Corte, dietro rammentata.

Solo così, infatti, le tradizioni nazionali e quelle europee possono darsi mutuo sostegno e tenersi vive, riproducendosi anche a beneficio delle generazioni che verranno e che da esse, dalla loro mutua “cooperazione” e, laddove possibile, integrazione, si attendono, senza alcuna preconcetta esclusione o riduzione di senso, appagamento per diritti che vanno sempre di più crescendo per numero, originalità dei modi di manifestazione, intensità della tutela reclamata.

Confido che nel prossimo futuro, per il solo fatto dell’infittirsi del dialogo tra le Corti, ove dovesse prendere forma nella sua genuina e propria accezione, i diritti potranno averne un guadagno e, sia pure con la necessaria gradualità, ricevere un complessivo appagamento.

potrebbe essere chiamata quale convenuto aggiunto a partecipare ai giudizi davanti alla Corte EDU, sì da esser messa in grado di far valere il proprio punto di vista, orientando dunque il verdetto del giudice di Strasburgo.