Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

ANTONIO RUGGERI*

LA CEDU E IL GIOCO DEGLI SPECCHI DEFORMANTI ALLA CONSULTA**

SOMMARIO: 1. Le aporie di ordine metodico, ancora prima (e di più) che teorico-ricostruttivo, esibite dall'inquadramento sistematico operato dalle sentenze "gemelle" del 2007 e l'indistinto e fuorviante riferimento fatto agli obblighi internazionali in genere dal primo comma dell'art. 117 che ha portato a trascurare la peculiare connotazione complessiva della Convenzione rispetto ad altri documenti normativi della Comunità internazionale. – 2. Il trattamento singolarmente differenziato riservato dalla Consulta alla giurisprudenza eurounitaria ed a quella convenzionale, senza che peraltro sia chiaro perché mai quest'ultima esprima vincoli interpretativi per gli operatori di diritto interno unicamente in quanto espressiva di indirizzi "consolidati". – 3. La mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, le loro mobili combinazioni all'insegna del "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti evocati in campo dai casi, il mantenimento da parte della Consulta dell'impianto di stampo formale-astratto in cui trovano posto le Carte stesse. – 4. Le responsabilità della dottrina nel suo farsi veicolo di conoscenza della giurisprudenza e, al contempo, nel promuovere forme viepiù intense di "dialogo" intergiurisprudenziale quale risorsa preziosa al fine di porre un argine idoneo a parare il rischio che ogni Corte materialmente costituzionale innaturalmente si converta da massimo garante a massimo decisore politico, a conti fatti in un vero e proprio *potere costituente permanente*. – 5. Quali prospettive per la CEDU dopo il prot. 15 e, laddove dovesse essere anche da noi recepito, il prot. 16?

1. *Le aporie di ordine metodico, ancora prima (e di più) che teorico-ricostruttivo, esibite dall'inquadramento sistematico operato dalle sentenze "gemelle" del 2007 e l'indistinto e fuorviante riferimento fatto agli obblighi internazionali in genere dal primo comma dell'art. 117 che ha portato a trascurare la peculiare connotazione complessiva della Convenzione rispetto ad altri documenti normativi della Comunità internazionale*

Tornando, ancora una volta, a riflettere sulla CEDU e sul trattamento riservatole dalla Consulta a partire dalle famose sentenze "gemelle" del 2007, mi è venuto in mente,

* Professore emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina.

** Testo rielaborato della relazione al *webinar* su *L'occupazione dello spazio pubblico europeo con le Carte e le Corti: verso una "minima" espansione delle tutele?* nell'ambito del ciclo di seminari su A living instrument. *Conversazioni sul presente e il futuro della CEDU*, a cura di N. Colacino, 21 aprile 2021, alla cui data lo scritto è aggiornato. Farà parte degli *Studi in onore di G. Grasso*.

per una singolare associazione d'idee, il gioco degli specchi deformanti presenti in alcuni luna park, che danno modo alle volte di riconoscere, sia pure a fatica, le figure in essi ritratte, mentre altre volte non si capisce cosa l'immagine consegnata dagli specchi davvero rappresenti.

Ecco, a me pare che la qualifica data della CEDU ricorrendo alla formula ad effetto ma teoricamente incerta della fonte "subcostituzionale" non renda appieno, fedelmente, ciò che in realtà la CEDU stessa (e, per quest'aspetto, ogni altra Carta dei diritti in genere[1]) è, quali ne siano i contenuti tipici e caratterizzanti, la funzione al servizio dei diritti fondamentali e, in breve, il suo distinguersi da ogni altro documento normativo che non ne condivida la natura materialmente costituzionale, in quanto idoneo a dare il riconoscimento, nella sua ristretta e propria accezione, dei diritti fondamentali[2].

Può invero darsi una spiegazione dell'inquadramento fatto proprio dal giudice delle leggi. Temo infatti che a metterlo fuori strada sia stato il concorso di due circostanze imputabili ad un uso non adeguatamente vigilato delle tecniche di normazione.

Per un verso, se n'è reso (e seguita a rendersene) responsabile il legislatore che, mettendo assieme in un unico "contenitore" tutti i Trattati e gli accordi siglati in seno alla Comunità internazionale, vi ha dato (e dà) esecuzione in ambito interno perlopiù con legge comune senza tener conto della diversa connotazione sostanziale degli stessi e, dunque, della peculiare funzione che alcuni di essi (e qui rilevano appunto le Carte dei diritti) assolvono quali strumenti idonei a situarsi al cuore stesso della c.d. "materia" costituzionale[3]: atti che, perciò, avrebbero piuttosto richiesto di essere immessi in ambito interno con lo strumento di cui all'art. 138, il più adeguato alla loro natura, sì da ricongiungersi armonicamente forma e materia costituzionale. Ed è chiaro che, se ciò si fosse fatto anche nel caso nostro, la CEDU non avrebbe potuto essere degradata al non meglio qualificato livello "subcostituzionale".

Per un altro aspetto, poi, se n'è resa responsabile la stessa Carta costituzionale, così come risultante dalla "novella" del 2001, con il congiunto, indistinto riferimento fatto nel primo comma dell'art. 117 agli obblighi internazionali in genere, peraltro accostati a quelli "comunitari", malgrado i connotati propri degli uni e degli altri (e, in seno ai primi, come si

---

[1] … quale, ad es., la Carta sociale europea, sulla quale la Consulta ha avuto modo di pronunziarsi – come si sa – con le sentt. nn. 120 e 194 del 2018. A riguardo di esse, si è criticamente rilevato [part., L. PANELLA, *La Carta Sociale Europea come parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale* ex *art. 117, co. 1 Cost.* Revirement *della Corte Costituzionale o ambigui progressi in materia di parità tra fonti internazionali?* in *Ord. internaz. dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 1, 2020, 15 marzo 2020, p. 26 ss.] che la Corte parrebbe qui distinguere tra norma e norma della Carta suddetta in ordine alla loro attitudine a porsi a parametro nei giudizi sulle leggi, senza che nondimeno ciò abbia inciso sull'attitudine di tutte a disporsi comunque ad un gradino "subcostituzionale".

[2] Diffuse le critiche piovute da più parti addosso alla qualifica in parola, già all'indomani della venuta alla luce delle pronunzie del 2007 [riferimenti, di recente, in AA.VV., *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, a cura di G. Palmisano, Napoli, 2020; tra gli altri, fa *ivi* notare M. LUGATO, *Il giudizio di costituzionalità sul diritto internazionale: spunti critici*, p. 487 ss., che, a parte talune incoerenze, per effetto di siffatta presa di posizione "non ne beneficiano la certezza del diritto, la credibilità del nostro Paese e nemmeno la massima espansione delle tutele dei diritti fondamentali" (496)].

[3] Dei non lievi problemi teorici che pone il riconoscimento della "materia" in parola, l'analisi della sua struttura, la definizione dei suoi confini si tratta nel mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in AA.VV., *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, a cura di A. Lovato, Torino, 2019, p. 299 ss., e già in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4, 2017, 12 dicembre 2017, dal quale, volendo, possono dunque aversi maggiori ragguagli rispetto al fugace cenno qui fatto.

viene dicendo, della Convenzione rispetto a fonti della Comunità internazionale ad essa non accostabili).

Non ho dubbi, ad ogni buon conto, a riguardo del fatto che l'esito al quale la Corte è pervenuta con le pronunzie che hanno inaugurato il suo nuovo corso giurisprudenziale, pure in seguito – come si sa – fatte oggetto di non secondarie precisazioni, si debba ad una opzione di fondo, di ordine metodico, compiuta dal giudice costituzionale, volta a porre a base della sistemazione accolta un criterio di formale fattura.

Non è per mero accidente, d'altronde, che la Convenzione sia stata ritenuta idonea a situarsi ad un grado intermedio tra le leggi ordinarie in genere, quale che ne sia il contenuto e il modo di porsi in rapporto con i valori fondamentali dell'ordinamento, e la Costituzione, essa pure considerata in ogni sua norma. Tra l'altro, si dava (e si dà) per scontato che nel mondo delle finzioni giuridiche si disponga di un grado intermedio tra quello in cui stanno le leggi comuni e le fonti di primo grado in genere e l'altro che è proprio della Costituzione e delle leggi costituzionali[4], nel quale – secondo l'insegnamento di C. Lavagna, fatto quindi proprio dalla dottrina e giurisprudenza correnti[5] – si situerebbero le norme c.d. "interposte"[6]; la qual cosa – come si sa – nel mondo reale non è invece in alcun caso o modo possibile.

Il preorientamento metodico d'ispirazione formale-astratta è – com'è noto – largamente diffuso e profondamente radicato nella nostra cultura giuridica; se ne ha dunque riscontro anche nella giurisprudenza, per il modo con cui è nel suo insieme ricostruito l'ordine delle fonti, nell'assunto che ciascuna di esse abbia e stabilmente detenga un certo "posto", invariante pur col variare delle norme dalle singole fonti prodotte e il loro modo parimenti vario di riportarsi ai valori fondamentali dell'ordinamento. La stessa giurisprudenza, nondimeno, esibisce al riguardo non poche oscillazioni, nel passaggio dall'uno all'altro campo materiale di esperienza, non mancando alla bisogna di far luogo ad una sistemazione non scevra di elementi di sostanziale fattura. Si tratta tuttavia – come si è altrove fatto notare – di "schegge" di un orientamento suggestionato dai valori fondamentali dell'ordinamento, nondimeno iscritte in un quadro complessivo di formale fattura.

Si pensi, al riguardo, al diverso trattamento riservato ad alcune leggi comuni non già per ciò che esse sono *ut sic* bensì per i contenuti di cui sono dotate e che obbligano a dare prioritario rilievo alle *norme*, non già alle *fonti*, al fine di stabilirne il regime complessivo. Così, ad es., per ciò che attiene ai limiti all'abrogazione per via referendaria delle leggi che

---

[4] Non distinguo qui la condizione della legge fondamentale della Repubblica, espressione genuina ed immediata di potere costituente, e gli atti di potere costituito che, pur laddove abilitati a derogarvi, vanno incontro – secondo opinione corrente – al limite della osservanza dei principi fondamentali dell'ordinamento. E ciò, per il fatto che, secondo la impostazione fatta propria dalle pronunzie "gemelle" del 2007 e quindi in modo tralaticio ripetuta fino ad oggi, la CEDU sarebbe comunque soggetta a prestare ossequio ad ogni norma di rango costituzionale.

[5] Precisazioni ora negli studi di A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4, 2020, 23 ottobre 2020, p. 250 ss., e *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell'interposizione nell'esperienza del Giudice delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1, 2021, p. 153 ss.

[6] … mettendosi in uno stesso "insieme" fonti ad ogni buon conto diverse, non solo per provenienza e fattura ma anche – per ciò che più importa – per forza normativa, alcune (come quelle di cui agli artt. 7 e 10, I c., Cost.) risultando dotate di forza "paracostituzionale" o costituzionale *tout court*, altre invece della medesima forza "subcostituzionale" dalla Consulta assegnata alla CEDU. A conti fatti, ciò che unicamente tutte le accomuna è il richiamo fattovi dalla Carta, per effetto del quale sono protette nei riguardi di eventuali loro deroghe ad opera della legge comune.

apprestano una "tutela minima" a beni costituzionalmente protetti o a quelle che dispongono i "livelli essenziali delle prestazioni" relative ai diritti civili e sociali, dalla legge di revisione costituzionale del 2001 esplicitamente protette nei riguardi delle leggi regionali che dovessero dimostrarsi con esse incompatibili ma che in realtà, a mia opinione, sono da considerare altresì messe al riparo da eventuali deroghe o "abbassamenti" dei livelli in parola da parte delle stesse leggi statali. E ciò, ove si ammetta – come devesi – che la "essenzialità" si dispone in funzione immediatamente e necessariamente servente nei riguardi della *humanitas* stessa delle persone che, private delle prestazioni stesse, non sarebbero più in grado – per riprendere una formula che, come si sa, è nella stessa Carta – di godere di un'esistenza "libera e dignitosa" o, addirittura, puramente e semplicemente di sopravvivere[7].

Ad ogni buon conto, non c'è da meravigliarsi. L'opzione metodica d'ispirazione formale-astratta è largamente dominante – come si diceva – nella nostra cultura giuridica (e, in genere, lo è – come si sa – nei Paesi di *civil law*) e, pur disvelando crepe interne vistose e andando soggetta ad oscillazioni non lievi, seguita tenacemente a resistere pur dopo l'avvento di una Costituzione per valori, quale la nostra e le altre ad essa coeve, venute alla luce dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra e per reazione alle nefandezze compiute dai regimi autoritari che se ne sono resi responsabili[8]. Si spiegano, d'altronde, in

[7] Certo, si pongono poi qui micidiali questioni di ordine teorico concernenti la individuazione e messa a punto del criterio o dei criteri idonei a consentire di stabilire dove si situino i "livelli" in parola. La qual cosa, in fin dei conti, rimanda ad indagini complesse relative alla situazione di fatto che, in ultima istanza, finisce col farsi parametro di giudizio, la validità delle norme di legge relative ai "livelli" potendosi misurare unicamente col metro della ragionevolezza, quale congruità delle norme stesse, a un tempo, rispetto al "fatto" ed ai valori nel loro fare "sistema": una congruità necessaria al fine della salvaguardia della persona vista nella sua essenza ed interezza. Ma, di tutto ciò, chiaramente, in altri luoghi (del rilievo dell'esperienza giuridica nei giudizi di costituzionalità, da ultimo, l'approfondito studio di A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quad. cost.*, 1, 2021, p. 115 ss., che nondimeno si situa in un orizzonte metodico-teorico distante da quello nel quale io mi riconosco).

[8] È strano, peraltro, che non ci si avveda della contraddizione insita in siffatta opzione con il modo con cui usualmente si guarda alla Costituzione e che porta ad assegnare un trattamento diverso alle sue *norme* a seconda che siano o no espressive di principi fondamentali, comunemente riconosciuti idonei – come si sa – a resistere ad innovazioni operate per via legale (così, per tutti, AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Napoli, 2019) o, per dir meglio, ad innovazioni *in peius*, non pure ad altre a finalità espansiva (secondo quanto si è tentato di mostrare altrove, e segnatamente nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, nel vol. coll. ora cit., p. 367 ss.).
Insomma, con riguardo alla legge fondamentale della Repubblica, non ci si può fermare alla mera considerazione della fonte *ut sic*, malgrado la comune natura di ogni disposto in essa iscritto di porsi a genuina ed immediata espressione di potere costituente, rendendosi piuttosto necessario andar oltre lo schermo della *fonte* e, una volta penetrati al suo interno, puntare diritto sulle sue *norme*, cui – come si è rammentato – va assegnato un "posto" comunque diverso nel sistema. Norme – si badi – non riconoscibili unicamente in forza del titolo esteriore posseduto da alcuni enunciati (e, segnatamente, da quelli posti in testa al documento costituzionale), dal momento che i principi fondamentali dell'ordinamento – com'è da tempo acclarato – possono rivenirsi sparsi qua e là per l'intero documento, peraltro non sempre disponendo di una base testuale che li riveli (si pensi solo al principio della separazione dei poteri che, sia pure nella forma temperata accolta anche dalla nostra Carta, in realtà risulta da plurime disposizioni sia della prima che della seconda parte della stessa).
Ora, se è vero, com'è vero, che la teoria dei limiti alla revisione costituzionale ha connotazione assiologico-sostanziale ed ha, pertanto, teorico e pratico senso se (ed in quanto) i principi fondamentali siano messi al riparo da ogni attacco ad essi mosso, seppur in modo subdolo e abilmente mascherato, che punti diritto ad ogni norma idonea a darvi la *prima* ed *immediata* specificazione-attuazione, se ne ha palmare conferma – a me pare – della necessità che la medesima connotazione sia data all'intera ricostruzione dell'ordine delle fonti. Come conciliare altrimenti la premessa (della graduatoria fatta tra norma e norma della Costituzione) con la

questa luce i principi fondamentali che definiscono l'assetto delle relazioni interordinamentali, di cui agli artt. 10 e 11 della Carta. *Principi-fine* e, a un tempo, *principi-mezzo*, siccome immediatamente e necessariamente serventi i valori di democrazia, libertà, dignità della persona umana e gli altri valori fondamentali, ciascuno tenendosi dagli altri e tutti assieme componendo un fascio unitario ed inscindibile.

Trovo, comunque, singolare che un giudice che ha dato ripetute ed inequivoche prove di essere dotato di straordinaria sensibilità ed attenzione per i diritti fondamentali, della cui tutela si è fatto (e si fa) carico ricorrendo persino, alla bisogna, ad avvalersi di mezzi impropri, forzosi, pur di raggiungere il fine prefissosi[9], proprio con riferimento alla CEDU abbia seguitato ad avvalersi di uno strumentario di formale fattura allo scopo di darne l'inquadramento sistematico conseguente alla novità iscritta nell'art. 117.

Va, nondimeno, sin d'ora avvertito (e con riserva di approfondimenti più avanti) che nell'inquadramento in parola s'insinua un elemento che la Consulta ritiene di poter in esso iscrivere armonicamente ma che, in realtà, è in grado di produrre effetti dirompenti: un elemento – come si preciserà meglio tra non molto – dalla natura assiologico-sostanziale (e, proprio per ciò, con l'inquadramento stesso problematicamente conciliabile), che fa riferimento al canone della massimizzazione della tutela, idoneo a "relativizzare" l'ordine in cui stanno Convenzione e legge. Un elemento poi che – se ci si fa caso – possiede, in realtà, generale valenza, non potendosene neppure escludere, per un aprioristico convincimento, la operatività anche al piano dei rapporti tra Convenzione e Costituzione, salvo a presumere, senza che possa aversi la prova del contrario, che quest'ultima sia in sé e per sé perfetta, autosufficiente, completa in ogni sua parte, priva cioè di lacune o mende di sorta[10]. E ancora: un elemento – è bene mettere in chiaro – che, proprio per la sua natura, obbliga ad andare oltre lo schermo deformante delle *forme* e delle *fonti* per puntare diritto alle *norme*,

---

conseguenza della sistemazione secondo forma? Come cioè giustificare il passaggio dal piano delle norme (prodotte dalla legge fondamentale della Repubblica) al piano delle fonti, al quale è invece usualmente ambientata l'intera ricostruzione del sistema?

[9] … come laddove ha fatto luogo alla invenzione di ardite tecniche decisorie, quale quella di recente inaugurata in *Cappato*, nella quale pur di centrare l'obiettivo prefissosi la Consulta non ha esitato a mettere disinvoltamente da canto il limite del rispetto della discrezionalità del legislatore. Il *trend*, peraltro, appare ora in via di consolidamento, secondo quanto ha, da ultimo, testimoniato la decisione sull'ergastolo ostativo, resa nota da un comunicato stampa della Consulta del 15 aprile 2021, fatto oggetto di penetranti rilievi critici da D. GALLIANI, *Un comunicato tira l'altro… Non ci resta che attendere*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 16 aprile 2021. Tecnica assai discutibile è, poi, anche quella di cui alle sentt. nn. 32 e 33 del 2021, per un primo, rapidissimo commento delle quali, volendo, può vedersi il mio *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2021, 11 marzo 2021, p. 221 ss.; pure *ivi*, E. ALBANESI, *Un parere della Corte EDU* ex *Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?*, 29 marzo 2021, p. 232 ss.; *adde*, ora, G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 14 aprile 2021.

[10] Ho più volte rivolto l'invito a guardarsi dal rischio della mitizzazione o sacralizzazione della Costituzione, della sua struttura e funzione e, in breve, della sua forza. Di contro, si rende un buon servigio alla legge fondamentale della Repubblica non già dandone l'immagine di atto "totale" (e totalizzante), idoneo cioè a dire tutto su tutto ed a dirlo sempre nel modo migliore, ma, all'inverso, riconoscendo il suo essere "parziale" e imperfetto, bisognoso come tale di attingere ad altri documenti parimenti costituzionali *quoad substantiam*, sì da potersi rigenerare semanticamente senza sosta, allo stesso tempo in cui ad essi offre quanto di meglio ha a beneficio dei diritti. Oltre tutto, una volta riconosciuto il carattere "parziale" in parola, possono attivarsi le procedure di cui all'art. 138 al fine di poter apportare alla Carta gli opportuni aggiornamenti, con specifico riguardo al catalogo dei diritti fondamentali. La qual cosa, in disparte ogni altro aspetto, presenterebbe il vantaggio di poter riequilibrare i rapporti tra legislatore e giudici in genere, in atto fortemente squilibrati – come si sa – a discapito del primo.

al modo con cui esse si pongono, per un verso, rispetto ai beni della vita bisognosi di appagamento e, per un altro verso, rispetto ai valori fondamentali[11].

Il vero è che – se ci si pensa – la revisione del 2001 può dimostrarsi fuorviante. Non nascondo, al riguardo, qui pure[12] talune riserve e perplessità da essa ingeneratemi, benché il mio fermo convincimento circa la necessità di dar modo alle norme internazionali in genere (e, specificamente, a quelle che nel modo più diretto e conducente si pongono al servizio della pace e della giustizia tra le Nazioni) di affermarsi sugli ordinamenti nazionali mi porti naturalmente ad apprezzare senza riserve l'intento che ha animato la revisione stessa, volto a far ulteriormente espandere l'area materiale coperta dai principi fondamentali di cui agli artt. 10 e 11 della Carta costituzionale. Proprio qui, però, è anche il suo limite, dal momento che, a stare alla lettura ormai invalsa dei disposti suddetti, da essi discende il riconoscimento del rango "paracostituzionale" o, diciamo pure, costituzionale *tout court* delle *sole* fonti (internazionali consuetudinarie ed eurounitarie) cui offrono "copertura"[13]: un rango, dunque, che unicamente a queste spetta, non già ad altre aggiunte in seguito, sia pure con lo strumento apprestato dall'art. 138. Oltre tutto, la modifica del 2001 ha reso superflua, in quanto da essa assorbita, la peculiare tutela apprestata ai trattati internazionali relativi alla condizione giuridica degli stranieri in Italia, di cui al secondo comma dell'art. 10, che poi è esso pure – si faccia caso – uno dei principi di base dell'ordinamento; la qual cosa, già di per sé, si fatica invero a comprendere come possa aversi, sia pure ad opera del più forte strumento di produzione giuridica, qual è quello apprestato dall'art. 138.

Insomma, ad esser rigorosi (pur se col rischio di apparire pignoli…), la legge cost. n. 3 del 2001 ha prodotto un effetto di "rottura" (e la cosa è stata prontamente segnalata, con la sua consueta acutezza, da un accreditato studioso[14]): una "rottura" però da me (e a differenza dell'illustre collega) giudicata portatrice di buoni frutti agli stessi principi fondamentali sopra richiamati, nei cui riguardi ha prodotto un effetto "ricostituente"[15] e

---

[11] Ancora una volta, l'apprezzamento della validità delle norme rimanda pur sempre ad una verifica secondo ragionevolezza, una ragionevolezza – come qui pure si viene dicendo – attenta ai "fatti" ed alle pretese soggettive da essi emergenti ed orientata verso i valori, assiologicamente pregnante insomma.

[12] Maggiori ragguagli, volendo, possono aversi dal mio *Rapporti interordinamentali e modifiche tacite apportate dalla Corte costituzionale italiana ai disposti che li riguardano e, a un tempo, al quadro delle sue competenze,* in *Ord. internaz. dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 5, 2020, 15 dicembre 2020, p. 1031 ss., spec. p. 1038 ss.

[13] … cui sono, poi, da aggiungere quelle concordatarie, di cui all'art. 7 della Carta (ma su di esse non giova qui intrattenersi).

[14] M. LUCIANI, in un articolo uscito su *La Stampa* del 3 marzo 2001, dal titolo eloquente *Camicia di forza federale*.

[15] Anche questa è un'autentica stranezza, faticandosi per vero non poco ad immaginare come possano mai i principi fondamentali essere sostanzialmente riscritti ad opera di atti espressivi di potere costituito, laddove così facendo dovessero dar vita ad effetti derogatori di quanto in essi disposto.

Faccio solo, al riguardo, una ipotesi di fantasia, nell'intento di mettere meglio a fuoco il mio pensiero sul punto. Ebbene, s'immagini che un domani si pensi di estendere il regime proprio delle norme internazionali generalmente riconosciute ad ogni norma della Comunità internazionale, tutte operanti in ambito interno col meccanismo dell'adattamento automatico e tutte provviste di rango costituzionale. Mi chiedo: sarebbe possibile far luogo ad una innovazione siffatta con legge approvata con le procedure dell'art. 138? La risposta che ne do è già tutta quanta nella domanda. Può non piacere ma dobbiamo – a me pare – convenire a riguardo del fatto che l'assetto dei rapporti interordinamentali, quale stabilito dal Costituente, è intangibile per via legale. Se, poi, dovessimo constatare, così come invero a me pare ormai si debba, che le novità apportate ai principi, quale quella avutasi con la riforma del 2001, sono pressoché unanimemente qualificate come valide, non resterebbe che prendere atto del fatto "costituente" affermatosi e consacrato – piace a me dire – da una vera e propria *consuetudine culturale* di riconoscimento in tal senso.

rigenerante, essendosi derogato – per ciò che è qui di specifico rilievo – alla peculiare protezione riservata dall'art. 10 alle *sole* norme internazionali generalmente riconosciute.

D'altro canto, se ci si pensa, una "rottura" nei riguardi del principio in parola si era già consumata da tempo per mano della stessa giurisprudenza e dei suoi benevoli *laudatores*, nel momento in cui si è letto l'art. 11 caricandolo di inusuali valenze sì da ricomprendere sotto la sua accogliente "copertura" l'intero diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, vale a dire elevando al rango costituzionale norme internazionali pattizie, quali appunto i trattati riguardanti le Comunità ed oggi l'Unione[16] che, a loro volta, a mo' di locomotiva alla quale si aggancia una lunga teoria di vagoni, portano con sé, nei loro rapporti col diritto interno, ogni norma di produzione sovranazionale, tutte dunque abilitate a trovare posto nel massimo gradino della scala delle fonti[17].

Non è di ciò, ad ogni buon conto, che desidero ora nuovamente trattare. Mi preme solo rilevare che, ove si fosse data la giusta considerazione alla Convenzione, il punto naturale ed obbligato di riferimento avrebbe dovuto essere costituito, più (e prima ancora) che dall'art. 117[18], dall'art. 2 della Carta nel suo fare "sistema" con l'art. 3 e, in genere, con i principi costituzionali restanti[19]. Lo stesso art. 11 – come si è poc'anzi accennato – rinviene, peraltro, la sua ragion d'essere nel suo porsi in funzione servente nei riguardi degli artt. ora richiamati, espressivi – piace a me dire – della "coppia assiologica fondamentale" dell'ordinamento[20], in quanto volti a dare voce a valori autenticamente transepocali, se non pure universali (ma – come si sa – tendenzialmente universali)[21].

È evidente insomma (perlomeno tale ai miei occhi appare) che la CEDU non avrebbe potuto essere accostata in tutto e per tutto ad un qualunque altro documento normativo confezionato in seno alla Comunità internazionale, senza alcun bisogno dunque di ricorrere a formule oggettivamente ambigue, quale quella della fonte "subcostituzionale", al fine di metterla al riparo dalle sue eventuali deroghe da parte delle leggi comuni.

In breve: l'unico modo per giustificare l'innovazione apportata dal nuovo art. 117 è – a me pare – quello di considerarla espressiva di un fatto costituente, nella sua propria accezione, mascherato sotto le candide vesti del massimo atto di potere costituito, la legge di revisione costituzionale.

[16] Un innalzamento, peraltro, positivamente imputato a leggi… *comuni* che avrebbero conferito forza (non soltanto eguale a quella propria ma persino) superiore ad atti di origine esterna, a quelli cui è stata specificamente data esecuzione e, una volta per tutte, ad ogni altro venuto alla luce in applicazione delle procedure al riguardo stabilite nei trattati.

[17] Anche questo riconoscimento, visto con gli occhiali del costituzionalista, è francamente eccentrico, faticandosi invero ad ammettere che qualunque norma venuta alla luce in ambito sovranazionale, anche la più minuta e (apparentemente) insignificante, possa risultare dotata di rango costituzionale. Eppure, è questo il costo che va pagato se si ha a cuore di non frapporre ostacoli al processo d'integrazione europea, dando pertanto modo al principio del primato di spiegarsi a tutto campo e in tutto il formidabile potenziale espressivo di cui è dotato.

[18] … la cui violazione, nondimeno, la Corte richiede che sia esplicitamente denunziata nelle questioni di costituzionalità in cui si fa richiamo della CEDU o di altra Carta dei diritti al fine di far luogo all'applicazione dello schema della fonte "interposta" (di recente, v. la sent. n. 62 del 2021).

[19] Il vizio è, però, a monte, per il modo con cui sono state prospettate le questioni definite dalle sentenze "gemelle" del 2007, che hanno tracciato il binario lungo il quale si è quindi svolto il sindacato di costituzionalità. È pur vero, tuttavia, che non sono mancati – come si sa – i casi in cui il giudice delle leggi, quando ha voluto, non si è trattenuto dal riformulare i termini delle questioni portate alla sua cognizione, anche facendo luogo a loro corposi adattamenti.

[20] Sulle mutue implicazioni che si intrattengono tra i valori fondamentali in parola, per tutti, v. G. SILVESTRI, *Dal potere ai princìpi. Liberta ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

[21] Assai estese, purtroppo, ad oggi le aree territoriali del pianeta nelle quali si consumano gravi violazioni dei diritti umani.

Il vero è che o una Carta dei diritti è ciò che il suo nome dice essere oppure non è. Immaginare, pertanto, di poter fare comunque graduatorie, magari ricorrendo alla artificiosa invenzione di nuove qualifiche che evocano gradi "intermedi", tra Carte tutte *ugualmente*, *materialmente* costituzionali è un'autentica *contradictio in adiecto*: come se fosse mai possibile fare gerarchie di sorta tra questa o quella forma di "riconoscimento" (in senso proprio) di diritti tutti, in tesi, *parimenti* fondamentali (lo stesso avverbio, qui utilizzato e messo in evidenza a bella posta, è chiaramente ridondante, dal momento che non può esserci un diritto *più* "fondamentale" di un altro).

2. *Il trattamento singolarmente differenziato riservato dalla Consulta alla giurisprudenza eurounitaria ed a quella convenzionale, senza che peraltro sia chiaro perché mai quest'ultima esprima vincoli interpretativi per gli operatori di diritto interno unicamente in quanto espressiva di indirizzi "consolidati"*

Le aporie della costruzione teorica messa a punto dalla Consulta non si fermano, poi, al solo piano dell'astratto inquadramento operato al piano della teoria delle fonti, con specifico riguardo – come si è veduto – alla sistemazione data alla CEDU. Discutibile, invero, appare essere anche il modo con cui, nel passaggio dal piano astratto delle fonti a quello concreto delle norme, è assegnato rilievo al diritto convenzionale quale prende corpo per il tramite della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Fatico invero a comprendere la ragione del differenziato trattamento riservato al diritto giurisprudenziale convenzionale rispetto a quello eurounitario, per l'aspetto della capacità di vincolo che l'uno e l'altro sono in grado di esprimere nei riguardi degli interpreti di diritto interno, e segnatamente dei giudici (tra i quali – si faccia caso – è la stessa Corte delle leggi).

È questa – come si sa – la conclusione cui perviene la discussa (e discutibile) Corte cost. n. 49 del 2015[22], nel momento in cui assegna una diversa *vis* normativa al diritto convenzionale, a seconda che prenda, o no, voce per il tramite di pronunzie componenti un autentico indirizzo "consolidato" ovvero appartenenti al *genus* peculiare delle pronunzie-pilota[23]. Il vincolo, infatti, si produrrebbe unicamente al ricorrere di siffatte condizioni, all'esito di un accertamento per vero insicuro malgrado la Corte si sia premurata di indicare i criteri che dovrebbero presiedere al suo svolgimento, tuttavia racchiusi in formule esse pure concettualmente incerte[24], dalle quali dovrebbe risultare il percorso che gli operatori sono chiamati ogni volta a compiere[25]. La qualifica, poi, datane ricorrendo al lemma qui

[22] Copiosa la produzione di scritti a commento: riferimenti, da ultimo, in E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, 2021, p. 63 ss. e p. 134 ss.

[23] La decisione ha poi ricevuto un temperamento da parte di Corte cost. n. 43 del 2018 che, nondimeno, non ha inteso mettere da canto il principio di diritto enunciato nella pronunzia del 2015 che seguita dunque a costituire punto di riferimento per gli operatori di giustizia di diritto interno, nel momento in cui si accostano alle interpretazioni della Convenzione somministrate dalla Corte europea.

[24] … sì da essere state fatte oggetto di rilievi critici di vario segno (riferimenti in P. ROSSI, *La rilevanza per il giudice nazionale della giurisprudenza "consolidata" della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, cit., p. 246 ss. e, con specifica attenzione alle difficoltà presentatesi in ordine alla loro applicazione in alcune esperienze processuali, p. 251 ss.).

[25] Lo delinea ora, con efficace sintesi, E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 1° dicembre 2020, p. 92 ss.

evidenziato dalle virgolette – se ci si pensa – appare essere *quodammodo* ridondante, la proprietà da esso evocata potendosi di già riportare tutta quanta al sostantivo che lo precede, che è ciò che dice (un "indirizzo", appunto) solo nel momento in cui ad una prima decisione innovativa seguono, ribadendone ed ulteriormente rilanciandone la portata, altre decisioni che parimenti si dispongono sul medesimo solco tracciato da quella. Ancora una volta, viene, insomma, a formarsi una sorta di *consuetudine culturale* veicolata da interpretazioni sostanzialmente ripetitive[26] quale causa efficiente della prescrittività del diritto giurisprudenziale europeo. Come dire, insomma, che *il fondamento della validità di quest'ultimo riposa nella sua effettività.*

Ad ogni buon conto, poiché sarebbe privo di senso immaginare che si siano voluti abilitare i giudici a discostarsi a capriccio dalle letture della CEDU di volta in volta patrocinate a Strasburgo, è chiaro che, in punto di astratto diritto, ciò potrebbe spiegarsi unicamente laddove, assecondandole, si perverrebbe fatalmente all'esito del conflitto tra la CEDU stessa e la Costituzione. Insomma, una via di fuga, quella spianata dalla Consulta, allo scopo di non far correre ai giudici comuni questo rischio che li obbligherebbe a sollevare una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la legge di esecuzione della Convenzione "*nella parte in cui*…" e che potrebbe, poi, indurre la Consulta stessa a darvi accoglimento, salva pur sempre la messa in atto di tecniche decisorie di… *fuga* per quest'ultima, quali quelle che danno modo di dichiarare la inammissibilità della questione, sia o no "manifesta".

Tuttavia, anche questa spiegazione persuade solo fino ad un certo punto; e, anzi, a dirla tutta, non persuade affatto. Perché, se questa fosse davvero la *ratio*, ancora una volta non si capirebbe perché mai non dovrebbe valere per la stessa giurisprudenza eurounitaria.

La questione, infatti, ha carattere metodico, prima ancora che teorico, e possiede generale valenza; ridotta all'osso, si risolve, infatti, nell'interrogativo seguente: o il diritto giurisprudenziale è vero diritto (e anzi, secondo accreditate dottrine di stampo realista, l'unico vero diritto) oppure, puramente e semplicemente, non è, *tertium non datur*[27]. Una questione, questa, che nondimeno non va posta in astratto bensì contestualizzata, tanto in relazione ad un ordine giuridico dato quanto, per uno stesso ordinamento, ai singoli ambiti materiali di esperienza. E così, ad es., non è casuale che in materia penale la Corte EDU si faccia portatrice di un'accezione del principio di legalità più larga di quella fatta propria dal nostro giudice delle leggi[28], siccome riferita,

---

[26] La stessa giurisprudenza costituzionale, già prima della 49 del 2015, ha intravisto proprio nella "sostanza" delle decisioni adottate a Strasburgo il punto naturale di riferimento per i giudici comuni in vista della corretta applicazione della Convenzione ai casi: un riferimento, però, concettualmente ancora più incerto ed evanescente di quello del "consolidamento" (in merito alla questione se si tratti di criteri diversi, v. A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, spec. p. 171 ss.).

[27] Sui complessi rapporti tra diritto giurisprudenziale e diritto politico – per riprendere una etichetta cara ad un illustre e compianto studioso, A. Pizzorusso – v., almeno, i contributi ad una Giornata di studio in memoria del Maestro pisano svoltasi a Pisa il 16 dicembre 2019, dal titolo *Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti - R. Tarchi, Pisa, 2020.

[28] Una emblematica sua rappresentazione può aversi da Corte cost. n. 230 del 2012, sulla quale – come si sa – è piovuta una messe di annotazioni di vario segno. Eppure, a riprova delle non lievi oscillazioni che connotano l'andamento della giurisprudenza costituzionale (prontamente rilevate dalla più sensibile dottrina: riferimenti in AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Milano, 2017), non è senza significato la circostanza per cui, poco prima della decisione suddetta, la Consulta avesse lasciato intendere di voler *quodammodo* assimilare (se non pure nella natura, al piano degli effetti) l'una all'altra forma di produzione giuridica (ord. n. 150 del 2012, con cui in presenza di un sopravveniente

oltre che al diritto di produzione legislativa, a quello di fattura giurisprudenziale[29]. Va, nondimeno, rilevato che alla Consulta parrebbe, da ultimo, registrarsi un sensibile avvicinamento alle posizioni manifestate dalla Corte di Strasburgo, secondo quanto testimoniato da Corte cost. n. 68 del 2021 che, dando tangibile riprova di un "dialogo" andato a buon fine, si è spinta fino a caducare una norma relativa al processo costituzionale, quella di cui all'art. 30, IV c., l. n. 87 del 1953, intesa nel senso che non si applica a sanzioni amministrative accessorie a pronunzia penale irrevocabile[30].

Poco importa, ad ogni buon conto, che, per l'aspetto ora considerato, ai documenti normativi dei quali le Corti sono istituzionalmente garanti sia assegnato (indebitamente, come si viene dicendo) un posto diverso nella scala delle fonti. Ciò che solo conta è, infatti, il loro essere appunto… *normativi*, come tali comunque dotati di carattere prescrittivo: una proprietà, questa, che naturalmente si proietta e riflette, poi, nelle pronunzie delle Corti che vi danno voce. Oltre tutto – come si è fatto opportunamente notare[31] – si fatica a capire come possa mai ad un medesimo atto (qui, una decisione del giudice di Strasburgo) dapprima negarsi e poi riconoscersi capacità di vincolo interpretativo: un vincolo, peraltro, che parrebbe venire alla luce non già progressivamente nel tempo, esattamente così come un essere vivente si forma nel grembo materno, bensì *ex abrupto*, nel momento in cui cioè possa davvero dirsi che si è perfezionato il ciclo vitale dell'indirizzo giurisprudenziale, il suo essersi appunto "consolidato" (con la sola eccezione ammessa, come si è accennato, per le decisioni-pilota, in sé potenzialmente seriali). Rimane, nondimeno, misterioso il modo con cui può farsi luogo senza soverchie incertezze ed arbitrii al riconoscimento della pronunzia finale della serie, quella che, al pari della classica goccia che fa traboccare il vaso, produce l'effetto di "consolidamento" in parola, riflettendo sulle altre che la precedono, retrospettivamente riconsiderate, una *vis* normativa di cui erano dapprima prive, specie ove si consideri il carattere assai incerto e, a dirla tutta, impalpabile degli indici rivelatori dell'effetto in parola[32].

---

indirizzo della giurisprudenza europea si è fatto luogo alla restituzione di alcune questioni di legittimità costituzionale per una nuova valutazione della rilevanza).

[29] Assai istruttive, tra le molte altre, le indicazioni date nei casi *Sud Fondi* c. *Italia* e *Previti* c. *Italia*. Proprio in materia penale si sono registrati dei casi, tra i quali quello (in tema di concorso esterno in associazione mafiosa) di cui a Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2019 - 3 marzo 2020, n. 8544, *Genco*, nei quali si è fatto utilizzo del criterio dell'indirizzo "consolidato" per escludere la vincolatività della pronunzia della Corte EDU del 2015 in *Contrada* (sul punto, v., nuovamente, E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, cit., p. 95 s.). Numerosi richiami alla giurisprudenza convenzionale in materia penale, sostanziale e processuale, sono in molti dei contributi ospitati da *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*[2], a cura di A. Di Stasi, Milano, 2020, secondo quanto si vedrà ancora meglio a momenti.

[30] Nella specie, la revoca della patente di guida, disposta ai sensi dell'art. 222, II c., D.L. vo n. 285 del 1992 (nuovo codice della strada).

[31] A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in *Ord. internaz. dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 1, 2019, 15 marzo 2019, p. 86 ss., spec. p. 93.

[32] Ha su ciò, ancora di recente, insistito con opportuni rilievi R. CONTI, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" della Corte di Cassazione a confronto*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 4 marzo 2021, spec. § 2.

3. *La mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, le loro mobili combinazioni all'insegna del "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti evocati in campo dai casi, il mantenimento da parte della Consulta dell'impianto di stampo formale-astratto in cui trovano posto le Carte stesse*

Il vero è che, dietro siffatto modo d'impostare i rapporti tra CEDU e diritto interno, nel passaggio dalla teoria delle fonti alla teoria della interpretazione si consuma una irrisolta contraddizione in seno all'orientamento patrocinato dalla Consulta che si alimenta da un vizio di partenza della costruzione giurisprudenziale da quest'ultima eretta, ancora una volta riportabile alla peculiare struttura e funzione riconosciuta come propria delle Carte dei diritti (e, segnatamente, per ciò che qui è di specifico interesse, della Convenzione).

Francamente stupisce che sia stato commesso, dopo che lo stesso giudice delle leggi già da tempo aveva intuito che le Carte sono chiamate a giocarsi la partita alla pari in occasione di ogni singola vicenda processuale che le veda in campo, tutte in realtà schierandosi dalla medesima parte, che è quella della persona umana e dei suoi bisogni elementari, per effetto del cui appagamento l'esistenza stessa – come si faceva poc'anzi notare, richiamando il precetto di cui all'art. 36 della nostra Carta – si connota e qualifica davvero come "libera e dignitosa".

Mi riferisco alla sent. n. 388 del 1999, alla quale assai di frequente ho fatto richiamo nelle mie riflessioni in tema di fonti che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali, proprio per il cruciale rilievo da essa rivestito al fine di una compiuta messa a fuoco delle Carte e dei loro rapporti. L'affermazione ivi fatta secondo cui le Carte tutte, Costituzione compresa, "*si integrano reciprocamente nella interpretazione*" è davvero illuminante: spazza via senza rimpianto ogni schematizzazione di stampo formale-astratta, ambientando le relazioni che di volta in volta si impiantano e svolgono tra le Carte al piano culturale, in buona sostanza così implicitamente ammettendo che ciascuna di esse può, in punto di principio, esercitare un ruolo dominante a seconda di quanto di buono ha da dare, offrendolo al servizio dei diritti evocati in campo dal caso.

Il punto è, però, che la pronunzia è afflitta da una contraddizione insanabile: solo qualche rigo prima di quello contenente l'inciso sopra fedelmente trascritto la Corte con enfasi dichiara che, ad ogni buon conto, la legge fondamentale della Repubblica è pur sempre in grado di apprestare una più intensa tutela ai diritti evocati in gioco. Come dire, insomma, che non teme confronti con alcun'altra Carta, che è perfetta in sé e per sé: un'affermazione francamente stupefacente sol che si pensi che la stessa Costituzione, con il prevedere le procedure per la sua revisione, di certo non le circoscrive alla sola parte organizzativa, nulla escludendo in partenza che se ne possa fare utilizzo anche in relazione ai precetti della prima parte (e, a mia opinione, a certe condizioni, degli stessi principi fondamentali[33]). Sta proprio qui – se ci si pensa – la radice culturale di un'altra affermazione, parimenti stupefacente, contenuta nella già richiamata sent. n. 49 del 2015, poi ripetuta in modo tralaticio anche in seguito, secondo cui alla Costituzione spetterebbe un "predominio assiologico" su ogni altra Carta: quasi che, appunto, nessuna di esse sia in grado di dare voce ai valori fondamentali (e, in ispecie, alla "coppia assiologica

[33] … innovabili – come si faceva poc'anzi notare – unicamente *in melius*, a finalità espansiva. Così, per fare ora solo i primi esempi che vengono in mente, sarebbe finalmente l'ora di aggiungere nell'art. 3 il divieto di discriminazioni in base, oltre che al sesso, all'orientamento sessuale; nell'art. 9 un riferimento alla salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema; nell'art. 11 alle limitazioni di sovranità a beneficio dell'Unione europea, e via dicendo.

fondamentale" di libertà ed eguaglianza) ancora meglio di come faccia la nostra. Solo che è lo stesso giudice delle leggi ad ammettere che la CEDU (e – a me pare –, in via di principio, ogni altra Carta) possa offrire, ed effettivamente talora offra, una "tutela più ampia" ai diritti di quella che ad essi viene dal diritto interno. Un riconoscimento che, di tutta evidenza, sarebbe inspiegabile se restasse circoscritto al solo confronto con le leggi e non pure (e in primo luogo) a quello con la Costituzione, quale documento normativo omogeneo rispetto alle Carte suddette.

Rileva qui un autentico "metaprincipio" – come a me piace chiamarlo –, al quale si è poc'anzi fatto cenno, che deve il suo nome al fatto di presiedere alla mobile composizione degli stessi principi fondamentali in ragione delle peculiari esigenze espresse dalla singola vicenda processuale, e che poi – se ci si pensa –, proprio per la sua peculiare ed irripetibile funzione, è a un tempo anche un vero e proprio *Grundwert*, costituito dalla ricerca del massimo appagamento possibile dei diritti in gioco, attingendo allo scopo a tutte le risorse apprestate dalle Carte, da *tutte assieme* (paritariamente, appunto) – questo è, ovviamente, l'esito auspicabile –, attraverso la loro mutua integrazione nei fatti interpretativi, dovendosi quindi ripiegare sulla scelta esclusivizzante, ispirata alla "logica" comunque perdente dell'*aut aut*, unicamente laddove l'obiettivo appena indicato non dovesse essere centrato[34].

---

[34] Non riprendo qui nuovamente, dopo averne trattato in altre sedi, la vessata questione circa la effettiva operatività del canone fondamentale in parola che, seppur difeso da una sensibile dottrina [R. CONTI, in più scritti, tra i quali, di recente, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta OnLine* (www.giurcostr.org), 3, 2020, 2 novembre 2020, p. 578 ss., spec. p. 591 ss.; altri riferimenti, ora, in B. SBORO, *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del "dialogo" tra Corti in materia di diritti fondamentali*, in *Forum* di *Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 1, 2021, 31 marzo 2021, p. 680 ss., spec. p. 684 ss.], è stato fatto oggetto di risoluta contestazione da altra, agguerrita dottrina [e, part., da R. BIN che ne ha ripetutamente trattato: tra gli altri suoi scritti, v. *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. p. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1, 2019, p. 11 ss., spec. p. 21 ss.; *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, p. 757 ss., spec. p. 764 e nt. 15; l'intervista su *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R. G. Conti, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 10 aprile 2019, e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R. G. Conti, Milano, 2020, p. 1 ss., e, da ultimo, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in *Quad. cost.*, 4, 2020, p. 861 ss., spec. p. 866 ss.], a cui opinione, per un verso, sarebbe improprio rinvenirne il fondamento nell'art. 53 della CEDU, malamente dunque evocato in campo; d'altro canto e per un altro verso, la salvaguardia dei diritti costituzionali – si aggiunge – sarebbe sempre "a somma zero", nel momento stesso in cui uno di essi riceve appagamento, soffrendone un altro o più d'uno, fatalmente e irrimediabilmente.
Mi limito, però, solo a far notare qui pure due cose. Per il primo aspetto, ogni Carta materialmente costituzionale, per il solo fatto di essere appunto tale, ha nel proprio DNA la irrefrenabile vocazione a vedere affermati al meglio i diritti da essa riconosciuti, di ciascuno di essi considerato in sé e per sé e di tutti assieme. D'altronde, se si ha riguardo alle due componenti della coppia assiologica fondamentale sopra già richiamata, si ha subito conferma del loro carattere tendenziale, a vocazione espansiva appunto, quanta più libertà si ha tanta più ancora se ne vuole avere; e così è pure per la eguaglianza, mai veramente, appieno affermatasi e bisognosa essa pure di crescenti realizzazioni. Il che, poi, equivale a dire che, pur laddove una Carta (Costituzione inclusa!) dovesse farsi da parte, *in relazione ad una vicenda processuale data*, per far posto ad altra idonea a fissare ancora più in alto il punto di sintesi dei diritti in gioco, la Carta (apparentemente) recessiva ugualmente troverebbe affermazione, per la elementare ragione che ne risulterebbero serviti – per riprendere una felice immagine crisafulliana, *magis ut valeant* – i valori fondamentali di libertà ed eguaglianza ai quali essa dà voce. Se posso ora fare un accostamento che non vuole essere irriverente, adattando al caso nostro l'insegnamento evangelico, nel momento stesso in cui si umilia, si esalta ed appaga.
Quanto, poi, al secondo punto, che – avverto subito a scanso di ogni possibile fraintendimento – non ho mai contestato né contesto, in realtà si tratta solo di stabilire dove si situi il punto più elevato di sintesi e di appagamento dei beni costituzionalmente protetti *in relazione al singolo caso*, *per quel caso e non pure per altri o in via generale*. Tutto qui. Ogni caso, infatti, fa storia a sé e la sua definizione non si presta di certo ad indebite generalizzazioni. Se ne mostra avvertita, peraltro, la stessa giurisprudenza costituzionale che proprio nella

L'immagine piramidale delle Carte ne risulta in tal modo risolutamente ripudiata, per la elementare ragione che si dimostra essere totalmente inservibile ed anzi appare ingannevole e fuorviante, esattamente così com'è quella riflessa negli specchi deformanti del luna park.

Peccato, però, che questa felice intuizione non sia più, a conti fatti, ripresa negli sviluppi successivi della giurisprudenza costituzionale, ed anzi – come qui pure si è rammentato – risulti praticamente ignorata e contraddetta proprio a partire dalle sentenze "gemelle" del 2007.

Per la verità, già nella prima delle pronunzie in parola, la 348, la Corte aveva fatto un cenno ad un possibile inquadramento della CEDU nei suoi rapporti col diritto interno d'ispirazione sostanziale (o, diciamo meglio, assiologico-sostanziale), laddove rilevava che la regola che vuole subordinata la legge alla CEDU stessa, in forza della "copertura" a quest'ultima data dal primo comma dell'art. 117, avrebbe potuto risultare messa da canto e sostituita dalla regola opposta, assicurandosi pertanto la prevalenza alla fonte interna su quella convenzionale, proprio grazie alla entrata in campo del "metaprincipio" dietro indicato[35].

Parrebbe – se posso esprimermi con franchezza – una sorta di *lapsus calami* o d'incidente di percorso o, forse, di un'affermazione fatta di passaggio per fare da cassa di risonanza a qualche voce discordante dal coro manifestata in seno al collegio.

Non ha ovviamente senso avanzare qui illazioni prive di ogni possibile riscontro, tanto più se si tratta – se così può dirsi – di fare una sorta di psicanalisi del recondito pensiero del giudicante. Ciò che solo conta è la dissonanza del passo appena richiamato rispetto all'intero impianto argomentativo con estrema cura – è da riconoscere – messo in piedi dalla Consulta, in ispecie con quel carattere sibillinamente "subcostituzionale" che sarebbe proprio della Convenzione[36].

La Corte, infatti, non ha mai rinnegato la propria opzione metodica, che anzi risulta vistosamente rimarcata nella ormai lunga serie di pronunzie dedicate alla Convenzione stessa, decisamente orientata a tenere fermo lo stacco tra quest'ultima e la Carta dei diritti dell'Unione (e il diritto eurounitario in genere), cui – come si è rammentato – è riconosciuto rango superprimario, essendone in buona sostanza equiparata la forza normativa a quella propria delle leggi di forma costituzionale, senza che peraltro si capisca la ragione per cui il carattere "tipicamente costituzionale", predicato dalla giurisprudenza per la Carta in parola, non possa altresì valere per la CEDU.

Di contro, dovremmo piuttosto dire che vale ancora prima per quest'ultima (e non solo – com'è chiaro – per mere ragioni anagrafiche), ove si consideri che la stessa Carta di

---

sentenza n. 269 del 2017 (che – come si sa – ha segnato un rilevante momento di svolta nel "riaccentramento" in ordine alla risoluzione delle antinomie tra diritto eurounitario e diritto interno) ha esplicitamente discorso di "massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico", riprendendo peraltro una formula cui si è molte volte – ad es., di recente, in sent. n. 46 del 2021 – richiamata (sul punto, ancora R. CONTI, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" della Corte di Cassazione a confronto*, cit., § 3).

[35] Quest'affermazione è stata quindi esplicitata in modo meno vago ed allusivo in Corte cost. n. 317 del 2009, la seconda delle "gemelle" ormai cresciute, come sono state efficacemente chiamate.

[36] Ho più volte rilevato le vistose oscillazioni metodico-teoriche esibite dalla giurisprudenza costituzionale, anche a breve torno di tempo e persino talvolta in una stessa pronunzia [indicazioni possono, volendo, aversi dal mio *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in AA.VV., *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale. La crescente influenza della giurisprudenza delle Corti europee sull'ordinamento penale italiano*, a cura di G. Grasso - A. M. Maugeri - R. Sicurella, Pisa, 2020, p. 53 ss. e, già, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1, 2019, 25 marzo 2019, p. 157 ss.].

Nizza-Strasburgo richiede – come si sa – di essere intesa e fatta valere alla luce di quanto dispone la Convenzione, fatta nondimeno salva la *Grundnorm* della massimizzazione della tutela[37].

Di qui, poi, una conclusione obbligata e stranamente trascurata anche da avvertiti studiosi; ed è che in casi molto frequenti la stessa Convenzione può ricevere applicazione diretta, vuoi in quanto sostanzialmente coincidente con norme generalmente riconosciute in seno alla Comunità internazionale e vuoi in quanto recepita dal diritto eurounitario: in primo luogo, a mia opinione, dalla Carta di Nizza-Strasburgo ma anche da norme di diritto derivato che se ne fanno interpreti e garanti, anche se per la prima il meccanismo dell'applicazione diretta, dopo Corte cost. n. 269 del 2017, non dovrebbe valere più e, comunque, alla luce delle precisazioni fatte in alcune decisioni del 2019 (a partire dalla n. 20), non più *per sistema*[38]. Ed è singolare che né la Consulta né i numerosi studiosi che ne

[37] Singolare e tortuoso – come si è fatto notare in altri luoghi – l'itinerario che l'operatore è chiamato a compiere, dovendo far luogo ogni volta ad una duplice interpretazione: della Carta dell'Unione orientata verso la CEDU (facendo, ovviamente, al riguardo capo alle indicazioni somministrate dalla Corte di Strasburgo, quanto meno appunto a quelle… *consolidate*) e della prima senza l'orientamento in parola. Solo poi all'esito del confronto tra gli esiti ricostruttivi in tal modo raggiunti, potrà determinarsi, alla luce del "metaprincipio" della massimizzazione della tutela, facendo applicazione dell'uno ovvero dell'altro. Mi chiedo, però, se tutto ciò abbia mai un senso.

[38] Incontenibile, davvero alluvionale – come si sa – la letteratura venuta alla luce a seguito della decisione del 2017 e delle altre che l'hanno ulteriormente svolta, tra le quali una speciale attenzione – non mi stancherò di ripetere – è da prestare proprio alla sent. n. 20, richiamata nel testo, specificamente laddove estende il privilegiato trattamento riservato alla Carta dell'Unione a norme di diritto derivato ad essa *quodammodo* "connesse". Se, poi, dovesse convenirsi con la lettura che di Corte cost. nn. 11 e 44 del 2020 danno alcuni attenti studiosi [tra i quali, C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Forum* di *Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 2, 2020, p. 11, e D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, p. 248, seguiti ora da E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, cit., p. 95], secondo cui si giustificherebbe il ricorso alla Consulta altresì per i casi di antinomia tra norme interne di rango primario e norme sovranazionali in genere che si presentino come sostanzialmente coincidenti con norme costituzionali, ci si avvede di come il terreno su cui si svolgono i rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario sia disseminato di mine sulle quali il collaudato meccanismo dell'applicazione diretta rischia di saltare per aria ad ogni piè sospinto, con grave pregiudizio – è appena il caso ora di esplicitare – per la *primauté* del diritto sovranazionale che – piaccia o no – non può comunque fare a meno di avvalersi della tecnica dell'applicazione diretta al fine della risoluzione delle antinomie tra le norme dei due ordinamenti [di tutto ciò (e di altro ancora) sono tornato, ancora di recente, a dire nel mio *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 6, 2021, 24 febbraio 2021, p. 211 ss., nel quale ho rinnovato il mio distacco dall'indirizzo fatto proprio dalla Consulta. Più di recente, ha fatto il punto sugli sviluppi della giurisprudenza costituzionale R. CONTI, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" della Corte di Cassazione a confronto*, cit., § 7, che ha pittorescamente discorso di un "volto caravaggesco" della Consulta, foriero di depotenziare la tutela dei diritti rispetto al meccanismo suddetto. V., infine, S. LEONE, *Doppia pregiudizialità: i rischi di un dialogo senza ordine*, in *Quad. cost.*, 1, 2021, p. 183 ss., e G. REPETTO, *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative punitive* (*Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19,* DB c. Consob), in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 6 aprile 2021, spec. § 5, laddove si rileva che sia i giudici comuni che la Corte costituzionale sarebbero tenuti ad avvalersi dello strumento di cui all'art. 267 TFUE laddove dovessero dubitare della validità della norma interna chiamata a dare attuazione vincolata a norma sovranazionale. Senonché – come si è fatto notare nel mio scritto sopra richiamato – il carattere prioritario del rinvio alla Corte dell'Unione potrebbe trovare giustificazione proprio nella incertezza circa il retto significato del disposto sovranazionale e/o la sua natura *self executing*. Per altro verso, il rinvio pregiudiziale da parte del giudice costituzionale potrebbe giustificarsi unicamente – come dire? – *in via sussidiaria*, per rimediare cioè al

hanno recepito le indicazioni si siano mostrati avvertiti del *vulnus* recato al principio del primato del diritto sovranazionale, che ha – come si sa – proprio nell'applicazione diretta lo strumento necessario ed indisponibile col quale farsi valere, e, per ciò stesso, all'art. 11 della Carta che vi dà "copertura" e ne richiede pertanto il rispetto[39].

Fa specie, poi, che si trascuri anche dalla più avvertita dottrina la circostanza per cui, in difetto di norme di legge specificamente riguardanti il caso[40], l'operatore non può che fare applicazione diretta (non soltanto, come comunemente si dice, della Costituzione ma anche) della Convenzione o di altre Carte dei diritti, tanto più che – come si è fatto altrove notare –, in realtà, una o più leggi non mancano, e sono proprio quelle con cui le Carte in parola sono state recepite in ambito interno. Né si trascuri il rilievo posseduto da quella mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi che – come si è venuti dicendo – si pone quale l'autentica *Grundnorm* metodico-positiva sulla quale far poggiare le relazioni tra le Carte stesse al fine di dar loro modo di potersi rigenerare semanticamente a vicenda e di spiegare in tal modo tutto quanto il formidabile potenziale espressivo di cui sono dotate al servizio della persona umana e dei suoi diritti. Ed è chiaro che le Carte ricevono quindi svolgimento, in ambito sia sovranazionale che interno, a mezzo di atti dalla varia intensità prescrittiva, molti dei quali – come si sa – idonei ad essere portati subito ad effetto.

La mutua integrazione è il mezzo, la massimizzazione della tutela il fine: questo non può fare a meno di quella, quanto meno – è da dire con doverosa cautela – della ricerca della integrazione stessa, ciò che peraltro non è arduo da conseguire ove si consideri il carattere aperto che è proprio della struttura nomologica dei documenti normativi materialmente costituzionali e i sempre più frequenti richiami che le Corti si fanno a vicenda, grazie ad una sensibilità che va in crescente misura diffondendosi, pur non potendosi dire essere ancora giunta a compiuta maturazione.

---

suo mancato utilizzo da parte del giudice comune. Nel caso invece che quest'ultimo vi avesse fatto luogo, si dovrebbe distinguere tra diverse evenienze.

La prima è che la risposta venuta da Lussemburgo abbia avvalorato la sospetta invalidità in parola, nel qual caso è chiaro che dovrà farsi subito luogo all'applicazione diretta della norma sovranazionale in vece di quella interna. Un esito, questo, impraticabile unicamente laddove la prima norma sia dichiarata priva dell'attitudine ad essere portata subito ad applicazione (ma il carattere in tesi vincolato dell'attuazione parrebbe escludere l'ipotesi) ovvero si sospetti che si ponga in violazione dei "controlimiti".

La seconda evenienza è che l'invalidità non sussista ovvero che si accerti non ricadere il caso in ambito materiale rientrante nella sfera di competenze dell'Unione; ed allora – com'è chiaro – non potrà più essere rilevata la violazione del parametro sovranazionale davanti alla Consulta, restando ad ogni buon conto sempre possibile quella del solo parametro costituzionale].

[39] Non si tratta, dunque, di scegliere – come lascia ora intendere un'attenta dottrina (E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, cit., p. 94) – tra "l'*uovo oggi* (la tutela del diritto fondamentale per il singolo caso concreto) alla *gallina domani* (la tutela del diritto fondamentale attuata con l'eliminazione della legge italiana che lo viola)": una "logica", questa, che, portata fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, potrebbe condurre al sostanziale e generalizzato abbandono del meccanismo dell'applicazione diretta (un rischio, questo, lucidamente avvertito da una sensibile dottrina: tra gli altri, R. G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no? A proposito di Corte cost. n. 20 del 2019*, in AA.VV., *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, cit., spec. p. 539 ss.). Si tratta, piuttosto, di chiedersi – mi è venuto di dire assai di recente [nel mio *Le trasformazioni istituzionali nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1, 2021, 29 marzo 2021, p. 253 – se il primato (e il principio fondamentale della Carta che lo garantisce) sia una sorta di *optional* o no. Tutto qui.

[40] In argomento, tra gli altri, v. A. MORELLI, *I diritti senza legge*, e G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, entrambi in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Torino, 2016, risp., p. 1452 ss. e p. 1486 ss.; v., inoltre, i contributi ospitati nel fasc. 2, 2016 di *Dir. pubbl.*; P. BONINI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 14, 2017, 5 luglio 2017; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge… in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, Napoli, 2020.

4. *Le responsabilità della dottrina nel suo farsi veicolo di conoscenza della giurisprudenza e, al contempo, nel promuovere forme viepiù intense di "dialogo" intergiurisprudenziale quale risorsa preziosa al fine di porre un argine idoneo a parare il rischio che ogni Corte materialmente costituzionale innaturalmente si converta da massimo garante a massimo decisore politico, a conti fatti in un vero e proprio* potere costituente permanente

Molto può fare e, per vero, ha già fatto ma più ancora deve fare a questo fine anche la dottrina ulteriormente incoraggiando ed alimentando senza sosta il raffronto tra le Carte, diffondendone la conoscenza ed incoraggiandone il radicamento soprattutto presso le sedi in cui si amministra giustizia, a mezzo di commentari, quale quello egregiamente curato con riferimento alla CEDU da A. Di Stasi[41], nonché (e soprattutto) attraverso il monitoraggio costante della giurisprudenza effettuato da studi specifici, specie da quelli nei quali figurano opportuni rilievi critici, preziosissimi per le stesse Corti, messe così in grado di poter rimediare a talune incoerenze interne ed a complessive carenze.

Il commentario in parola, unitamente ad altre opere di sintesi, rende subito efficacemente l'idea di quanto sia cresciuta in Europa la tutela dei diritti anche grazie all'opera intensa e feconda svolta dalla Corte di Strasburgo col dare voce alla Convenzione: un *corpus* ormai imponente ed un'autentica miniera di dati, alla quale a piene mani ed a ritmi crescenti le giurisprudenze nazionali attingono rigenerando semanticamente le Carte costituzionali di cui sono istituzionalmente garanti e, per ciò stesso, anche rinnovando… *se stesse*, dando cioè costante alimento agli indirizzi da esse forgiati; ed una miniera, peraltro, della quale le stesse Corti europee possono giovarsi, sol che si consideri che commentari e studi varî dedicati alla illustrazione degli orientamenti da esse man mano manifestati si pongono quale una sorta di archivio che senza sosta si arricchisce di sempre nuovi elementi, alle volte in sostituzione di altri ormai obsoleti ed ancora più di frequente in aggiunta di quelli preesistenti.

È poi vera anche la reciproca; e gli stessi giudici comuni possono, per la loro parte, offrire indicazioni preziose alle Corti materialmente costituzionali, tanto al fine del mantenimento quanto a quello del rinnovamento dei loro indirizzi, concorrendo pertanto a tenere costantemente in moto quei processi virtuosi di mutua ricarica degli orientamenti giurisprudenziali, di cui qui pure si è venuti dicendo e dai quali conseguono non pochi benefici per i diritti.

Il "dialogo" – come si sa – conosce al proprio interno plurime forme espressive, tra le quali anche scontri alle volte assai aspri; e, d'altronde, quando si discorre, non sempre il tono resta pacato veicolando messaggi autenticamente costruttivi.

Taricco ne ha reso, al piano dei rapporti tra Corte delle leggi e Corte dell'Unione, eloquente testimonianza; eppure, non si dimentichi che anche in questa vicenda si è riusciti,

[41] … dal titolo *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*[2], cit.; tengo, però, qui pure a ribadire che anche la prima edizione, relativa agli anni 2010-2015 e venuta alla luce nel 2016, come mi sono sforzato di argomentare nel mio *La CEDU e la giurisprudenza convenzionale in cammino (spunti ricostruttivi offerti da un commentario)*, in *Dir. comp.* (www.dirittocomparati.it), 2, 2021, 15 marzo 2021, va costantemente ed attentamente tenuta presente, ospitando entrambe contributi in rilevante misura riguardanti questioni diverse, portate alla risoluzione della Corte europea anche in uno scorcio temporale non particolarmente lungo.

sia pure a fatica e con vero e proprio travaglio, a raggiungere un qualche accomodamento, una sensibile convergenza di orientamenti dapprima assai distanti, se non pure la loro piena riconciliazione. In generale, a me pare che proprio il campo del diritto penale e processuale offra indicazioni preziose in tal senso, rivelatrici dello sforzo prodotto sia dalla Corte delle leggi (e, in genere, dai giudici nazionali) che dall'una e dall'altra Corte europea al fine di riuscire a sostituire antichi monologhi tra sordi in un autentico "dialogo" promettente risultati fecondi e non meramente effimeri[42]. E va riconosciuto che una parte cospicua del merito di quanto di buono si è potuto al riguardo fare va equamente spartito – a me pare – tra la magistratura, per un verso, che, specie nelle sue più avanzate e sensibili espressioni, ha adottato plurime iniziative volte ad incoraggiare e ad alimentare senza sosta il "dialogo" suddetto[43] e, per un altro verso, un'accreditata e parimenti sensibile dottrina che, pur non lesinando critiche anche penetranti a talune prese di posizione giurisprudenziale (ed anzi proprio così facendo), ha spianato la via lungo la quale le Corti possono tentare il reciproco avvicinamento[44].

Un monitoraggio pressocché quotidiano che vado da anni facendo della giurisprudenza delle Corti (e, segnatamente, per ciò che è qui di specifico interesse, di quella costituzionale e di quelle europee) mi porta dunque a dire che, alla lunga, i dissidi si riescono in qualche modo a comporre e che, ad ogni buon conto, le convergenze superano largamente le divergenze ed i veri e propri conflitti. Non a caso, d'altronde, come si diceva poc'anzi, si infittiscono sempre di più i richiami fatti dall'una sede giudiziaria all'altra, anche se per vero si ha talora l'impressione che siano fatti *ad pompam* o senza la dovuta vigilanza.

V'è, poi, di più. E, come si è altrove osservato, per il mero fatto che le Corti si trovano naturalmente portate a farsi menzione a vicenda, dando vita ad un ormai pressocché quotidiano confronto, ne risulta almeno in parte arginato il rischio micidiale cui

---

[42] Non è casuale – a me pare –, a riprova del rilievo posseduto dal campo in parola, che, con riguardo al diritto convenzionale vivente (qui di specifico rilievo), nel passaggio dalla prima alla seconda edizione del commentario sulla CEDU curato da A. Di Stasi, sopra già richiamato, una parte cospicua di contributi sia dedicata proprio alla illustrazione di casi ricadenti nell'ambito suddetto (con particolare attenzione alle garanzie nel processo). Ed è bensì vero che in molti di essi ancora lunga è la strada da percorrere prima di raggiungere la meta di un'appagante (se non pure piena) riconciliazione degli orientamenti giurisprudenziali; e, tuttavia, non può tacersi che una spinta vigorosa in tal senso sia molte volte venuta proprio dalla giurisprudenza europea che ha sollecitato la revisione di discipline positive e il ripensamento di categorie teoriche consolidate in ambito interno. Penso, per tutti, all'ergastolo ostativo ed alla influenza esercitata nel senso appena indicato dalla soluzione data a Strasburgo in merito al caso *Viola* c. *Italia*, nei cui riguardi di certo non è rimasta insensibile Corte cost. n. 253 del 2019 (riferimenti, ora, in F. FIORENTIN, *L'ergastolo ostativo e la tutela della dignità umana*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano*, cit., p. 60 ss.) e, più ancora, la decisione di cui al comunicato stampa del 15 aprile scorso, cui si è dietro fatto richiamo. Sulla pena perpetua, nella ormai incontenibile letteratura, per tutti, E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, con prefazione di M. Palma, Torino, 2019.

[43] … tra le quali una speciale menzione dev'esser fatta ai protocolli d'intesa siglati tra la Corte europea e le più alte giurisdizioni nazionali, volti a ricomporre – fin dove possibile e in via preventiva – eventuali divergenze di orientamento.

[44] Lo studioso cui è dedicata questa succinta riflessione è stato, assieme ad altri della sua stessa disciplina (come F. Palazzo e A. Bernardi), tra coloro che hanno offerto il maggior contributo in tal senso, fondando una Scuola di tutto rispetto e incoraggiando quindi le più giovani leve dei cultori del diritto penale a seguirne le tracce (di G. GRASSO faccio qui menzione solo del suo studio monografico su *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, che ha costituito un punto saldo di riferimento per gli sviluppi successivi della scienza penalistica in tema di rapporti interordinamentali; tra gli scritti più recenti, v., poi, G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte Europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 2020).

invece si andrebbe incontro se il terreno fosse rimasto sgombro e sottoposto al dominio di una sola Corte, vale a dire che quest'ultima possa di fatto commutarsi in un autentico *potere costituente permanente* (mi è venuto altrove di dire: un potere mostruoso), tanto più laddove avverso le sue pronunzie non si dia – così come stabilisce l'ultimo comma dell'art. 137 Cost. per la nostra Corte delle leggi – alcuna impugnazione. All'immagine di un ordine giudiziario (qui latamente inteso, come comprensivo appunto dello stesso giudice costituzionale) di stampo piramidale, con un vertice costituito da una sola Corte che sovranamente e stabilmente lo occupi, preferisco – volendo seguitare a ricorrere a questa figura geometrica – una piramide mozza, dotata di un piano elevato sufficientemente largo e capiente da dare ospitalità, *con parità di rango*, a tutte le Corti materialmente costituzionali, nell'accezione sopra indicata. È questa, infatti, la migliore garanzia di cui si dispone avverso il rischio suddetto, con la fatale degenerazione che esso comporta della sostituzione all'autorità dei decisori politici liberamente eletti di un *sovranismo* o, peggio, *autoritarismo giudiziario*, tanto più pernicioso poi se si considera il carattere elitario che è proprio dei collegi composti da pochi membri non democraticamente eletti e, perciò, comunque non soggetti ad alcun controllo[45], neppure a quella forma assai blanda e sfumata, perlomeno nelle sue effettive realizzazioni, che è la c.d. responsabilità diffusa.

5. *Quali prospettive per la CEDU dopo il prot. 15 e, laddove dovesse essere anche da noi recepito, il prot. 16?*

Questo, dunque, il quadro qui molto sommariamente descritto nei suoi lineamenti di fondo.

È da chiedersi, da ultimo, se ed in che modo potrebbe cambiare, per ciò che specificamente riguarda la condizione della CEDU e le forme della sua implementazione interna, nel prossimo futuro, alla luce della ricezione recentemente avutasi del prot. 15 e, ove – come mi auguro – dovesse aversi, del prot. 16. Proprio a quest'ultimo a me pare che si debba prestare la maggiore attenzione, se si conviene a riguardo del fatto che il primo, per i profili qui di specifico interesse, rileva principalmente per la sottolineatura fatta del principio di sussidiarietà del quale, peraltro, come tutti sanno, si ha già riscontro nell'art. 35 della Convenzione.

Il prot. 16, invece, si volge a rendere ancora più intensi e fecondi i rapporti tra i giudici nazionali (nelle loro più elevate espressioni) e la Corte europea, introducendo uno strumento che, a giudizio di molti, presenta una certa assonanza con il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione[46] (ma dal quale, in realtà, si distacca sotto più aspetti, peraltro

[45] Si rammenti al riguardo quanto dispone per la nostra Corte il già richiamato art. 137, ult. c., Cost.: un'autentica norma di chiusura questa (perlomeno, tale pensata dal Costituente) che tuttavia, allo stesso tempo in cui dà garanzie, fa correre rischi non da poco; una norma che, tuttavia, a mio modo di vedere, non si sottrae essa pure alla regola, peraltro – come si sa – in via generale valevole per i principi fondamentali dell'ordinamento, del "bilanciamento", qui visto anche nelle sue proiezioni interordinamentali e svolto all'insegna del "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei beni di rilievo costituzionale. Il che, poi, a conti fatti, significa che la Consulta potrebbe tornare sui propri passi, laddove nuovamente interpellata sulla medesima questione dapprima già definita, se a ciò indotta da una sopravveniente pronunzia di questa o quella Corte europea che riconosca idonea a realizzare sintesi ancora più avanzate ed efficaci dei beni suddetti.

[46] Cospicua – come si sa – la letteratura su di esso formatasi: per un recente quadro di sintesi, v. AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. Ferraro e C. Iannone, Torino, 2020; con specifico riguardo all'utilizzo fattone

ampiamente evidenziati dai commentatori), prestandosi pertanto a fare da veicolo di scambi di informazioni utili al fine di una corretta e lineare applicazione della Convenzione nelle aule giudiziarie.

Rinnovo qui l'invito, già altrove formulato, a fermare specificamente l'attenzione sul rapporto di mutua influenza che può intrattenersi tra l'attività giurisdizionale esercitata dalla Corte e quella di consulenza svolta alla luce di quanto previsto dal protocollo in oggetto. Quest'ultima può giocare – se così può dirsi – a doppio verso: tanto, cioè, nel senso dell'ulteriore affinamento e della stabilizzazione di punti di vista manifestati in sede di contenzioso quanto, di contro, in quello del loro rinnovamento, senza peraltro escludere che possa talora anticipare talune indicazioni che potrebbero quindi aversi per via giurisdizionale.

Già questo solo rilievo, a mia opinione di ardua confutazione, avvalora l'utilità che è da attendersi dallo strumento, sempre che – beninteso – se ne faccia un utilizzo opportunamente vigilato (ma il fatto stesso di essere consegnato a mani particolarmente esperte, quali sono quelle delle massime autorità giurisdizionali, dovrebbe offrire congrue garanzie al riguardo).

Debbo, dunque, confessare di faticare non poco a comprendere le ragioni che hanno indotto accreditati studiosi a dichiararsi diffidenti, quando non apertamente contrari, in merito alla ricezione del protocollo in parola[47], i cui argomenti verosimilmente hanno condizionato la Camera che ne ha stralciato la previsione dall'unitario disegno di legge predisposto per la esecuzione di entrambi i protocolli ai quali si fa ora richiamo, portando avanti fino alla sua felice conclusione l'esame del 15 e mettendo invece da parte il 16. Eppure, basterebbe di già la sola considerazione che la consulenza prestata dalla Corte europea possa produrre un effetto deflattivo nei riguardi del contenzioso (che – come si sa – in misura imponente viene senza sosta a formarsi davanti alla Corte stessa) per avere conferma dei non pochi benefici che dallo strumento in parola è ragionevole attendersi.

Prevenire – è noto – è meglio che reprimere. Come negare, dunque, che le indicazioni date dalla Corte possano rendersi utili nella pratica giuridica in genere e in quella giurisdizionale in ispecie?

V'è di più. L'intreccio che connota i rapporti tra le Corti, con specifico riguardo – per ciò che ora maggiormente importa – a quelli delle Corti europee *inter se*, fa sì che le

---

dalla Cassazione, v., poi, ora, R. CONTI, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" della Corte di Cassazione a confronto*, cit., § 6.

[47] Riferimenti possono aversi dai miei *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Dir. comp.* (www.dirittocomparati.it), 1, 2020, 5 gennaio 2020, p. 213 ss.; *Protocollo 16:* funere mersit acerbo*?*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 22 ottobre 2020; *Ancora sul Prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?* in *Dir. comp.* (www.dirittocomparati.it), 3, 2020, 20 novembre 2020, p. 81 ss. Risolutamente favorevole alla ricezione, tra gli altri, E. CANNIZZARO, nella intervista, dal titolo *Ragionando sulla (recte, sulle) sovranità*, resa a R. Conti per *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 24 febbraio 2021. V., inoltre, dello stesso R. CONTI, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" della Corte di Cassazione a confronto*, cit., §§ 8 e 9, nonché E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Oss. AIC* (www.osservatorioaic.it), 2, 2021, 2 marzo 2021, p. 1 ss., e A. ESPOSITO, *La* riflessività *del Protocollo n. 16 alla Cedu*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 11 marzo 2021. Infine, E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, cit., e, dello stesso, *Un parere della Corte EDU* ex *Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?* cit., p. 232 ss., e L. TOMASI, *I paradossi della mancata ratifica del protocollo n. 16 alla Cedu*, in *Quad. cost.*, 1, 2021, p. 180 ss. Luci ed ombre vede, invece, nello strumento in parola I. RIVERA, *La protezione dei diritti nella prospettiva del costituzionalismo multilivello (nuovi) strumenti di dialogo tra Corti*, in *Focus Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 15, 2020, 18 maggio 2020, p. 130 ss.

pronunzie in genere (e, dunque, anche quelle emesse in via consultiva) del giudice di Strasburgo possano proporsi (e, verosimilmente, si proporranno) quale prezioso punto di riferimento anche per le decisioni della Corte dell'Unione, in ispecie di quelle coinvolgenti la Carta di Nizza-Strasburgo che – come si rammentava poc'anzi ed è bene non perdere di vista – richiede di essere intesa e fatta valere alla luce di quanto stabilisce la Convenzione.

Per questo verso (ed è strano che finora non si sia prestata la dovuta attenzione a questo dato), i pareri della Corte europea potranno avere rilievo per la stessa Corte dell'Unione, specificamente laddove adita in via pregiudiziale, oltre (e, ovviamente, prima ancora) che per i giudici nazionali che si accingano ad avvalersi dello strumento apprestato dall'art. 267 TFUE.

Al tirar delle somme, poi, chi più di tutti potrà giovarsi delle pronunzie in genere emesse dalla Corte europea – è appena il caso qui di rammentare in chiusura – sarà proprio la Convenzione e, *per ciò stesso*, quanti ad essa fanno appello per avere ristoro in alcuni dei loro più pressanti ed avvertiti bisogni. E, poiché i diritti fondamentali riconosciuti dalle Carte in genere compongono un fascio unitario, quale che sia il documento normativo di volta in volta evocato in campo (Costituzione, ovviamente, compresa), se ne ha che dalla polifonia delle voci dei massimi garanti non potranno che attendersi, a conti fatti, benefici consistenti per i diritti stessi, al di là – come si diceva – delle occasionali divergenze che pure comunque presentano un risvolto positivo, al fine della maturazione e del radicamento nell'esperienza della essenza stessa del costituzionalismo di tradizioni liberali.