

**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)\*\***

*1. La complessità e fluidità del contesto in cui prende corpo la tutela dei diritti, l'accentuata responsabilizzazione del ruolo dei giudici, gli sviluppi delle relazioni tra gli stessi che potrebbero aversi per effetto di talune novità sia giurisprudenziali che positive (in particolare, l'efficacia ultra partes delle sentenze-pilota della Corte di Strasburgo e l'applicazione diretta della CEDU, gli argomenti addotti avverso di essa e la loro confutazione). – 2. Gli aggiustamenti che sono da mettere in conto al piano dei rapporti tra le Corti per effetto della prevista adesione dell'Unione alla CEDU (con specifico riguardo alla conformazione strutturale delle decisioni delle Corti europee quali decisioni-quadro, con le quali si dà largo spazio alle forme, positive e giurisprudenziali, richieste per il loro ulteriore ed opportuno svolgimento). – 3. Le novità che possono ragionevolmente attendersi a seguito dell'entrata in vigore del prot. 16: in specie, a) la contrazione dei margini entro i quali può farsi luogo all'apprezzamento della "sostanza" della giurisprudenza europea bisognosa di essere comunque rispettata (una questione, questa, di particolare delicatezza e rilievo con riferimento ai pareri richiesti al giudice europeo dalla Corte costituzionale, al "seguito" che essi potrebbero avere, agli effetti conseguenti alla loro inosservanza). – 4. Segue: b) la spinta all'accentramento dei processi interpretativi in ambito interno a vantaggio delle Corti di ultima istanza (la qual cosa nondimeno non priva i giudici restanti delle formidabili risorse argomentative di cui dispongono per far valere il proprio punto di vista a beneficio dei diritti), la conferma venuta dalla più recente giurisprudenza del carattere tendenzialmente generale posseduto dalle decisioni della Corte di Strasburgo, la spinta che da esse può aversi per un adeguato riequilibrio in seno ai rapporti tra legislatore e giudici, al servizio dei diritti.*

**1. La complessità e fluidità del contesto in cui prende corpo la tutela dei diritti, l'accentuata responsabilizzazione del ruolo dei giudici, gli sviluppi delle relazioni tra gli stessi che potrebbero aversi per effetto di talune novità sia giurisprudenziali che positive (in particolare, l'efficacia ultra partes delle sentenze-pilota della Corte di Strasburgo e l'applicazione diretta della CEDU, gli argomenti addotti avverso di essa e la loro confutazione)**

Quali le prospettive che si aprono per la tutela dei diritti fondamentali in un sistema – come suol dirsi, sia pure con una certa ambiguità e improprietà – "multilivello"? Non è agevole rispondere alla domanda, specie in ragione della complessità e fluidità del contesto in seno al quale il quesito si pone e la tutela stessa aspira a farsi valere, un contesto segnato da molte incognite e ipoteche gravanti proprio sui bisogni più largamente ed intensamente avvertiti dell'uomo, alcune delle quali legate alla crisi economico-finanziaria in atto, dagli imprevedibili sviluppi<sup>1</sup>, altre alle tensioni e contraddizioni riscontrabili in seno al tessuto sociale, con

\* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Messina — [ruggant@unime.it](mailto:ruggant@unime.it)

\*\* Testo rielaborato di un intervento al Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, Pisa 31 gennaio 2014, alla cui data lo scritto è aggiornato. Ho discusso alcuni passaggi argomentativi di questo studio, sui quali mi sentivo particolarmente insicuro, con R. Conti, E. Lamarque, O. Pollicino e C. Salazar, ai quali desidero qui rinnovare, di cuore, la mia gratitudine. Ovviamente, la responsabilità per le tesi enunciate rimane esclusivamente mia.

<sup>1</sup> Se n'è, ancora non molto tempo addietro discorso, in occasione del Convegno AIC su *Spazio costituzionale e crisi economica*, Padova 18 e 19 ottobre 2013 (ed *ivi*, part., C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013). Più in genere, sui riflessi della crisi negli istituti costituzionali, per tutti, AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012. Altre indicazioni in I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma 2012; 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, e, ora, R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 20 gennaio 2014. In prospettiva comparata, v. AA.VV., *Constitutions in the Global Financial Crisis, A Comparative Analysis*, a cura di X. Contiades, Ashgate, Farnham 2013.

le pressioni da esse esercitate nei riguardi degli organi preposti ad assicurare la tutela in parola, in ispecie sui giudici. Ciò posto, alcune previsioni sembrano ugualmente possibili, facendosi forza sulle più marcate e rilevanti tendenze riscontrabili nella salvaguardia dei diritti, specie al piano dei rapporti intercorrenti tra i giudici nazionali e le Corti europee, nonché tra queste ultime *inter se*<sup>2</sup>.

Il tratto dominante che emerge, pur in un quadro assai articolato ed anche, in molti suoi punti, alquanto confuso, è dato dalla crescente responsabilizzazione del ruolo dei giudici<sup>3</sup>. La qual cosa ripropone, in termini viepiù pressanti, l'annosa questione riguardante il modo con cui far luogo ad un soddisfacente equilibrio interno al sistema istituzionale e, segnatamente, lungo il versante che collega il giudiziario al legislativo, offrendo a quest'ultimo l'opportunità di dare di se stesso un'immagine più nitida, non quella appannata ad oggi esibita, specie appunto in ordine alla salvaguardia dei diritti fondamentali. La mia idea – tengo subito a mettere in chiaro, rifacendomi ad analisi in altre sedi svolte e ora portate ad ulteriore svolgimento<sup>4</sup> – è che si possa (e si debba) puntare all'ambizioso obiettivo di avere, a un tempo, un apparato di giudici "forti" accanto (o a seguito) di un legislatore parimenti "forte": gli uni essendo chiamati ad un servizio che si fa ogni giorno che passa sempre più oneroso, impegnativo, non poco sofferto, nei riguardi di pretese crescenti di appagamento dei diritti; ed a farlo muovendosi entro il solco previamente tracciato da un legislatore costantemente attento e, per la sua parte, parimenti piegato verso taluni bisogni elementari dell'uomo diffusamente ed intensamente avvertiti. A conclusione dell'indagine che ora si avvia (e che punta specificamente a mettere a fuoco le relazioni tra i giudici e i modi della tutela da essi offerta ai diritti) si tireranno le somme, tentando di stabilire quali possano essere le soluzioni maggiormente adeguate a centrare quest'obiettivo.

Non è chiaro quale equilibrio vada delineandosi tra gli operatori di giustizia e quale verso esso possa intraprendere nei suoi prossimi sviluppi. La qual cosa, poi, dipende anche (ma non solo) da come si rico-

---

<sup>2</sup> Ne ripercorrono le più salienti vicende, tra i molti altri, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma 2009; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna 2010; O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, ESI, Napoli 2010; AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Falletti - V. Piccone, Aracne, Roma 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico - O. Pollicino, Europa Law Publishing, Groningen 2010; AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, a cura di G. Campanelli - F. Dal Canto - E. Malfatti - S. Panizza - P. Passaglia - A. Pertici, Giappichelli, Torino 2010; A. VOSSKUHL, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2010, 175 ss.; AA.VV., *Human Rights Protection in the European Legal Order: the Interaction between the European and the National Courts*, a cura di P. Popelier - C. Van De Heyning - P. Van Nuffel, Intersentia, Cambridge 2011; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011; G. MARTINICO - O. POLLICINO, *The Interaction between EuropÉs Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Edward Elgar, Cheltenham (Gran Bretagna) - Northampton (Stati Uniti d'America) 2012. Utili indicazioni anche da A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012; AA.VV., *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. Cassetti, Jovene, Napoli 2012; A. SCHILLACI, *La cooperazione nelle relazioni tra Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2012 e, dello stesso, *amplius*, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli 2012.; AA.VV., *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico ed istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, a cura di V. Barsotti e V. Varano, in *Ann. dir. comp. e st. legisl.*, Quad. 1, ESI, Napoli 2012, ed *ivi*, part., R. CAPONI, *Dialogo tra Corti: alcune ragioni di un successo*, 121 ss.; S. GAMBINO, in molti scritti (e, tra questi, *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalisme européen: les droits fondamentaux sociaux, la Charte des droits de l'Union Européenne et l'identité constitutionnelle nationale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6/2012); AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Cosio - R. Foglia, Giuffrè, Milano 2013; B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013; AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013. Infine, M. CARTABIA, *Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court*, in AA.VV., *50<sup>ème</sup> Anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos 1963-2013*, Actes du Colloque - Luxembourg 13 Mai 2013, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg 2013, 155 ss. Altri riferimenti, *infra*.

<sup>3</sup> Ne sottolinea, con particolare vigore, il rilievo, con specifico riguardo alla CEDU, R. CONTI, in molti scritti, tra i quali, nella forma più organica, *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*, Aracne, Roma 2014. V., inoltre, con varietà di vedute e di toni, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012 e, della stessa, ora, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, relaz. alle VI Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale, dedicate a *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, in *paper*; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano 2012; AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chioldi - D. Pulitanò, Giuffrè, Milano 2013, ed E. CECCHERINI, *L'integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, II/2013, 467 ss. Con specifico riguardo alla materia penale, fini ragionamenti negli studi di V. MANES, del quale v. almeno *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Aracne, Roma 2012.

<sup>4</sup> Tra i miei studi più recenti, richiamo qui particolarmente il mio *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in [www.dirittocomparati.it](http://www.dirittocomparati.it), 22 ottobre 2013, e in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013.

struisca il modello dei rapporti tra gli operatori stessi. Così, per fare subito un esempio che si riprenderà a breve, qualora dovesse darsi modo ai giudici comuni di fare applicazione diretta della CEDU, quanto meno in taluni casi (se non pure, come vorrebbe una minoritaria ma agguerrita dottrina e giurisprudenza<sup>5</sup>, in via generale)<sup>6</sup>, l'ago della bilancia penderebbe in modo assai diverso da come attualmente si atteggia. Non si trascuri, ad ogni buon conto, la circostanza per cui, anche a tener fermo l'indirizzo al riguardo manifestato dalla Consulta a partire dalle ormai classiche sentenze "gemelle" del 2007, che – come si sa – risolutamente e in via generale si oppone alla tecnica "diffusa" di risoluzione delle antinomie tra diritto interno e Convenzione, non per ciò viene meno il significato del ruolo assegnato ai giudici comuni, chiamati ad un vaglio di "convenzionalità" (in vista della eventuale chiamata in campo della Corte costituzionale) il più delle volte assai disagiata e che, anzi, sempre più appare tale per effetto della crescita esponenziale della giurisprudenza convenzionale, che spesso si dispone a mo' di un labirinto, in seno al quale orientarsi al fine d'imboccare la via giusta è impresa assai ardua.

Ho sempre pensato (ed ho avuto modo più volte di dichiararlo) che il punto di vista al riguardo manifestato dalla giurisprudenza costituzionale non debba considerarsi fissato in modo stabile ed irreversibile. Alcune recenti prese di posizione del nostro giudice delle leggi, pur disponendosi invero a letture di vario segno, possono agevolare un pur parziale ripensamento di quest'indirizzo, quanto meno un suo aggiustamento gravido di implicazioni al piano delle relazioni tra le Corti e, per ciò stesso, dei modi con cui si possa offrire protezione ai diritti. D'altro canto, talune novità positive potrebbero esse pure, per la loro parte, concorrere a quest'esito che, a mia opinione, appare peraltro essere quello maggiormente conforme al modello costituzionale ed alle aspettative di tutela dei diritti stessi.

Faccio subito un paio di esempi per dare un minimo di concretezza al discorso che vado facendo; e, dunque, si pensi, per un verso, al crescente rilievo assunto dalle pronunzie-pilota della Corte di Strasburgo<sup>7</sup> e, per un altro, alle novità che potrebbero registrarsi nella pratica giurisprudenziale per effetto dell'entrata in vigore del prot. 16 aggiunto alla CEDU. La stessa giurisprudenza costituzionale ha, proprio di recente, opportunamente rimarcato il significato di tali pronunzie<sup>8</sup>. Si consideri, poi, che nell'esperienza non di rado le decisioni in parola si atteggiano in un modo non dissimile da quello che è proprio delle additive di principio<sup>9</sup> e, dunque, sollecitano i giudici alla "invenzione" di regole non scritte ma – a dire della Corte costituzionale –

<sup>5</sup> Riferimenti, di recente, in I. CARLOTTO, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona*, 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 ed E. Lamarque, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 177 ss., spec. 203 ss. (con riferimento alle pronunzie dei giudici "ribelli" emesse dopo Corte cost. n. 80 del 2011).

<sup>6</sup> Una descrizione dei casi stessi può, volendo, vedersi nel mio *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 28 febbraio 2011, con le ulteriori precisazioni che sono nel mio *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, cit., spec. al § 2. Fra le ipotesi ivi prese in esame, invito particolarmente a fermare l'attenzione su una, cui qui pure si farà riferimento, che è data dalla ricerca del "luogo" positivo in cui si situa la più "intensa" tutela dei diritti, la quale implica un confronto tra norme (o, meglio, tra sistemi di norme) non necessariamente inquadrabile in termini conflittuali, potendosi piuttosto assumere che la garanzia dei diritti si disponga (se non sempre, il più delle volte) a scala, con gradi d'intensità crescenti. Ed allora, non dandosi in tesi alcuna antinomia tra le norme stesse, non si vede perché mai il giudice comune debba considerarsi obbligato a rivolgersi alla Corte costituzionale e non possa piuttosto assumersi in prima persona la responsabilità di stabilire quale sia la norma buona per il caso.

<sup>7</sup> V. la spiegazione, ancora di recente, data dalla stessa Corte di Strasburgo a sostegno della loro adozione, nella sent. del 3 settembre 2013, ric. n. 5376/11, *M.C. ed altri c. Italia* (in materia di indennizzo ai contagiati da trasfusioni e somministrazione di emoderivati). Sulle pronunzie in discorso, tra i molti altri, M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights, in German Law Journal*, 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. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, 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](http://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 corso di stampa in *Pol. dir.*, spec. al § 4 ss., ed ivi altri riferimenti.

<sup>8</sup> V., in part., sent. n. 210 e ord. 235 del 2013 [e, su di esse, le note di F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU*, e *Prosegue la 'saga Scoppola': una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, entrambe in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), rispettivamente 19 e 26 luglio 2013, e, pure ivi, G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, 1 ottobre 2013; inoltre, E. LAMARQUE - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in corso di stampa in *Giur. it.*; v., inoltre, A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013].

<sup>9</sup> Lo stesso giudice delle leggi ha tenuto a precisare (al punto 7.2 del cons. in dir. della sent. n. 210, sopra cit.) che "le modalità attraverso le quali lo Stato membro si adegua con misure strutturali alle sentenze della Corte di Strasburgo non sempre sono puntualmente determinate nel loro contenuto da tali pronunce, ma ben possono essere individuate con un ragionevole margine di apprezzamento".

pur sempre desumibili dal principio somministrato in sede di giudizio di costituzionalità. Ed è interessante notare che le regole stesse non discendono – come suol dirsi – “a rime obbligate” dal principio<sup>10</sup>, altrimenti avrebbero potuto essere aggiunte direttamente dal giudice costituzionale. In buona sostanza, i giudici comuni fanno, possono e devono fare, qualcosa che lo stesso giudice delle leggi considera a sé precluso; e lo fanno proprio perché gli effetti delle pronunzie da essi emesse sono prive di effetti *erga omnes* e perché sono comunque obbligati, in un modo o nell’altro, a somministrare giustizia.

Non è agevole stabilire cosa abbia avuto in mente la Corte costituzionale col pressante sollecito indirizzato ai giudici a prestare una speciale attenzione alle sentenze-pilota. Viene subito da pensare che si sia voluto porre un freno ai ricorsi seriali che stanno a base dell’adozione delle pronunzie in parola, con un effetto dunque deflattivo nei riguardi della giurisdizione convenzionale (d’altro canto, è sicuro che proprio questa sia stata una delle ragioni – forse, proprio la principale – che ha indotto il giudice di Strasburgo ad “inventare” questo tipo di decisioni). Solo che non si vede come si possa pervenire a quest’esito se non facendo subito applicazione diretta della Convenzione. Certo, si potrebbe pur sempre immaginare di battere la via alternativa dell’interpretazione della legge in senso conforme a Convenzione. Nella specie, tuttavia, la via stessa si presenta come assai stretta, praticamente impercorribile, se è vero che dietro i ricorsi seriali si danno pratiche interpretative di stampo consuetudinario, che disvelano strutturali carenze del sistema nazionale di tutela dei diritti.

Per altro verso, l’applicazione diretta, in congiunture siffatte, linearmente discende – a me pare<sup>11</sup> – dal bisogno ineludibile di assicurare un’effettiva, adeguata osservanza di valori fondamentali dell’ordinamento e, segnatamente, della coppia assiologica di libertà ed eguaglianza<sup>12</sup>, nelle mutue implicazioni che tra di esse s’intrattengono<sup>13</sup>.

Si pensi, per fare ora solo un paio di esempi tra i molti che potrebbero essere al riguardo adottati, alle decisioni adottate a Strasburgo sui noti casi *Costa e Pavan* e *Torreggiani*, rispettivamente in materia di procreazione eterologa e di sovraffollamento carcerario, la quale ultima ha di recente avuto una nitida eco nella sent. n. 279 del 2013 della Corte costituzionale che, pur dichiarandosi nel senso della inammissibilità della questione, riprende largamente gli argomenti avanzati dal giudice europeo e – ciò che più importa – si chiude con la minacciosa avvertenza per cui, tardando ulteriormente l’intervento riparatore da parte del legislatore col quale si ponga finalmente rimedio alle strutturali carenze del sistema carcerario italiano, si preannunzia la possibile caducazione della disciplina legislativa oggi fatta salva<sup>14</sup>. Come dire che, in alternativa alla tecnica decisoria posta in essere, avrebbe potuto farsi luogo ad altra tecnica, nel senso dell’annullamento verosimilmente accompagnato dall’addizione di una nuova disciplina, che non avrebbe potuto né un domani potrebbe presentarsi se non *per principia*, bisognosa pertanto di essere opportunamente svolta dal legislatore, in esercizio del potere discrezionale di cui dispone, a mezzo di regole allo scopo poste<sup>15</sup>.

A sostegno poi dell’applicazione diretta (e generale) del “diritto convenzionale vivente”, con specifico riferimento alle sentenze-pilota, sta – come si diceva – principalmente il principio di eguaglianza nel suo fare tutt’uno col principio della salvaguardia dei diritti inviolabili dell’uomo ed anche – non si trascuri – col principio del giusto processo, nelle sue espressioni tanto al piano delle vicende giudiziarie di diritto interno, quanto a quello dei giudizi davanti alla Corte di Strasburgo, laddove si avverte particolarmente il bisogno di trattare in modo spedito ed eguale casi identici nella loro connotazione oggettiva che stancamente si ripetano a motivo di quelle strutturali carenze dell’ordinamento nazionale, cui si faceva poc’anzi cenno.

---

<sup>10</sup> ... mentre “a rime obbligate” deve pur sempre potersi estrarre quest’ultimo, altrimenti non avrebbe titolo per poter essere posto.

<sup>11</sup> V., infatti, il mio *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 8 ottobre 2013, e in [Consulta Online](http://Consulta Online), 9 ottobre 2013.

<sup>12</sup> All’eguaglianza ha – come si sa – fatto appello una sensibile dottrina, con specifico riferimento alla condizione dei detenuti, cui subito appresso si farà cenno, ma con considerazioni almeno in parte suscettibili di generalizzazione (richiamo qui, per tutti, il noto scritto di F. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all’ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia. Riflessioni in attesa della decisione delle Sezioni Unite*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 aprile 2012).

<sup>13</sup> Su di che, sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

<sup>14</sup> Palesemente inadeguato allo scopo appare essere il “seguito” dato alle pronunzie suddette col decreto-legge n. 146 del 23 dicembre 2013.

<sup>15</sup> Ho invitato a fermare l’attenzione sul punto in una mia nota alla decisione *de qua*, dal titolo *Ancora una decisione d’incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 26 novembre 2013, e in [Consulta Online](http://Consulta Online), 27 novembre 2013.

Il punto merita un supplemento di attenzione. E invero è singolare la circostanza per cui avverso l'applicazione diretta della Convenzione molti autori adducano proprio l'argomento della salvaguardia del principio di eguaglianza, in aggiunta a quella della certezza del diritto, che – a dire di questa dottrina – richiederebbero l'obbligatorio appello al giudice costituzionale *in ogni caso* in cui si abbia riscontro (o si sospetti l'esistenza) di un'antinomia tra diritto interno e diritto convenzionale<sup>16</sup>. Un argomento che – a tacer d'altro – non tiene però conto del fatto che, *perlomeno con riguardo a talune fattispecie e in talune circostanze*, l'intervento del giudice costituzionale potrebbe dimostrarsi non risolutivo, la ricucitura tra il dettato convenzionale e quello legislativo richiedendo non già la caducazione "secca" di quest'ultimo bensì l'aggiunta ad esso di una norma indebitamente mancante, che tuttavia, a motivo del doveroso rispetto nei confronti della discrezionalità del legislatore, non può che essere data da un principio: né più né meno – come si vede – di ciò che si ha laddove il principio stesso venga somministrato dal giudice europeo; ed allora non si vede perché non dar modo ai giudici comuni di fare nei riguardi del diritto convenzionale ciò che possono ordinariamente fare al servizio ed in svolgimento dei principi aggiunti dal giudice costituzionale, senza dover di necessità passare da un ulteriore giudizio emesso da quest'ultimo<sup>17</sup>. Un argomento, inoltre, che, portato ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, dovrebbe indurre al deciso abbandono del meccanismo dell'applicazione diretta con riferimento alle antinomie tra diritto interno e diritto dell'Unione<sup>18</sup>, per non dire che, ulteriormente esasperando il discorso, dovrebbe considerarsi inaccettabile e francamente odiosa la stessa idea di una giurisdizione comune internamente "plurale", idonea cioè a prendere corpo attraverso pronunzie di vario segno adottate presso le sedi giudiziarie, senza peraltro che si dia – così perlomeno comunemente si pensa, con riferimento agli ordinamenti di *civil law*<sup>19</sup> – alcun vincolo di osservanza dei precedenti. Come dire, insomma, che un siffatto modo di essere della giurisdizione sarebbe *per tabulas* incoerente rispetto ai valori di eguaglianza e certezza del diritto. Un ragionamento che, com'è di tutta evidenza, si confuta da sé.

Per un altro verso, la tesi di cui si fa portatrice la dottrina qui non accolta, da un canto spiana la via a talune storture di non infrequente riscontro nella pratiche applicative di diritto, quale quella per cui, ritenendo molti giudici di doversi in via di principio conformare all'indicazione della Consulta sfavorevole all'applicazione diretta e volendo nondimeno raggiungere il medesimo obiettivo che si avrebbe per il tramite di questa, forzano l'interpretazione conforme, piegandola ad usi abnormi, secondo quanto è giustamente denunciato dalla stessa dottrina che pure si è risolutamente schierata a favore del sindacato accentrato di "convenzionalità"<sup>20</sup>. Forse, non sarebbe inopportuno un supplemento di riflessione attorno alla circostanza per cui rende un'ancora miglior servizio al legislatore, in spirito di sana e leale cooperazione, quel giudice che fa a carte scoperte applicazione della Convenzione al posto di norma di legge con essa contrastante rispetto al giudice che invece della legge stessa deforma la sostanza normativa, riplasmandola secondo occasionali convenienze; e ciò, se non altro per il fatto di mettere il legislatore davanti alle proprie responsabilità, sollecitandolo ad attivarsi per ripianare un'antinomia non oltre modo costituzionalmente tollerabile<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Fanno riferimento ai valori suddetti, tra gli altri e di recente, I. CARLOTTO, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 230 ss., ed E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione 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?*, cit., 271. Una strenua difesa del sindacato accentrato di costituzionalità è, in via generale, nel libro di V. FERRERES COMELLA, dietro cit., che nondimeno ne ammette un non secondario temperamento in relazione ai casi in cui si abbia riscontro di un consolidato e chiaro indirizzo del giudice delle leggi, sì da non giustificarsi la ulteriore chiamata in campo di quest'ultimo (su ciò, però, nell'op. coll. sopra cit., in aggiunta ai rilievi che sono nello scritto appena cit. di I. CARLOTTO, 234 ss., quelli avanzati da M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio costituzionale del minore sacrificio della libertà personale*, 3 ss., e la replica dello stesso FERRERES COMELLA, *Commento*, 320 s.).

<sup>17</sup> Si faccia caso come, in una congiuntura quale quella ora fatta oggetto di rapido esame, i giudici comuni – ad esser precisi – sarebbero chiamati, per la tesi qui patrocinata, a dare *attuazione* (e non già *applicazione*) alla norma convenzionale vivente, dovendo tradurre il principio enunciato dalla Corte europea in una regola buona per il caso.

<sup>18</sup> Né si opponga che il meccanismo in parola risulta – come si sa – imposto dallo stesso diritto eurounitario, se è vero (ma, sul punto, precisazioni *infra*) che quest'ultimo va incontro all'osservanza dei "controlimiti", tra i quali senza ombra di dubbio sono proprio i principi-valori di eguaglianza e di certezza del diritto.

<sup>19</sup> Ma v., al riguardo, le precisazioni che sono nel mio *L'"intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"*, in [Consulta Online](#), 30 gennaio 2013.

<sup>20</sup> Così, tra gli altri, E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 265 ss., cui si richiama anche I. CARLOTTO, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 227 s.

<sup>21</sup> Sulle implicazioni di ordine istituzionale che possono aversi per effetto dell'utilizzo di questa o quella tecnica decisoria (e, segnatamente, dei riflessi al piano della normazione), si dirà più estesamente in seguito, specie sul finire di questa esposizione.

Da un altro canto, poi, la tesi suddetta appare essere espressiva di una parziale o, diciamo pure, forzata idea di ciò che è (e di come può in concreto farsi valere) la certezza del diritto.

In disparte, infatti, la circostanza per cui, anche negli ordinamenti nei quali non vige il vincolo del precedente e il medesimo caso può ricevere un diverso trattamento nelle sedi giudiziarie, la certezza del diritto si considera – giustamente – ugualmente salvaguardata col fatto stesso dell’attitudine delle pronunzie dei giudici a produrre la cosa giudicata, il vero è che il metro adeguato a misurare il grado di effettivo invero della certezza è, sempre e solo, quello che si ha ed apprezza *dal punto di vista dei diritti*, a seconda cioè che essi riescano a ricevere concreto, non meramente nominale, appagamento nella pratica giuridica (per ciò che qui specificamente importa, per effetto dell’intervento del giudice). Un appagamento che, in non pochi casi, richiede il fermo adeguamento delle esperienze processuali di diritto interno ai *decisa* dei giudici europei, persino laddove ciò dovesse comportare – come c’insegna Corte cost. n. 113 del 2011 – il superamento della cosa giudicata<sup>22</sup>. Il costo della incertezza del diritto, che – a ragionare in applicazione dei vecchi schemi riguardanti il giudicato – verrebbe ad essere pagato per effetto della revisione del processo già definito in applicazione di regole di diritto interno non rispettose dei canoni convenzionali, rinviene infatti giustificazione in una ragione superiore, la cui essenza può cogliersi unicamente in prospettiva assiologicamente orientata, vale a dire nello scopo d’intendere e servire nel solo modo giusto, costituzionalmente lecito (ed anzi costituzionalmente imposto), il bene-valore della certezza, a mezzo cioè della sua conversione in certezza dei diritti fondamentali e, dunque, nella loro effettiva, ottimale tutela alle condizioni oggettive di contesto<sup>23</sup>.

Che questa sia la prospettiva giusta, d’altronde, ne dà conferma, per un verso, sul fronte europeo, il più recente indirizzo giurisprudenziale manifestato a riguardo della efficacia delle sentenze-pilota, specificamente nella parte in cui si riconosce l’indennizzo richiesto dalle parti anche a quanti, diversi dalle parti stesse, versano nella medesima condizione di queste e persino in deroga ad eventuali giudicati ormai diversamente affermatasi, andando così oltre la soglia – come si sa – invalicabile dalle pronunzie ablative del giudice delle leggi<sup>24</sup>: a conferma – si è fatto notare da un fine commentatore<sup>25</sup> – del fatto che il giudice europeo è in grado di offrire una salvaguardia ai diritti maggiore di quella che pure potrebbe esser loro data da giudici nazionali che accolgano le lagnanze degli istanti<sup>26</sup>.

Per un altro verso, poi, uno speciale significato va assegnato a quella giurisprudenza costituzionale (spec. sent. n. 317 del 2009 e succ.) che, in aggiunta all’altra sopra richiamata con riferimento alla questione del rifacimento dei processi iniqui, ha in via generale dichiarato doversi riguardare alle relazioni tra Convenzione e diritto interno dall’angolo visuale che consente la individuazione della norma (o, meglio, del sistema di norme) in cui si appunta la più “intensa” tutela dei diritti e, più in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti, anche se riferiti non al solo individuo ma all’intera collettività (ad es., la sicurezza). Ed è chiaro che la ricerca della norma (o del sistema normativo) in discorso non può che essere ambientata su un piano assiologico-sostanziale, non già effettuata in applicazione di criteri di formale fattura, quali quelli usualmente posti a base della ricostruzione dell’ordine delle fonti, secondo quanto ancora oggi inclina (ma con assai dubbia coerenza con se stessa) a ritenere la giurisprudenza che definisce la Convenzione quale fonte sì interposta ma “subcostituzionale”, come tale sempre e comunque soggetta all’osservanza delle norme costituzionali. Una sistemazione, questa, che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – fa in realtà a pugno col criterio sostanziale puro (o, meglio, assiologico-sostanziale) che, solo, consente di riconoscere dove si appunta la miglior tutela per i diritti.

---

<sup>22</sup> La questione ha – come si sa – costituito (e tuttora costituisce) oggetto di non sopite controversie che hanno coinvolto studiosi ed operatori (se ne dà conto nel documentato studio di V. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Cedam, Padova 2013; dello stesso, v., inoltre, *La riapertura del giudicato a seguito di sentenze della Corte di Strasburgo: il ruolo della comparazione*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 8 gennaio 2014. Con specifica attenzione alle vicende del processo amministrativo ed al piano dei rapporti col diritto dell’Unione, v., poi, S. CIVITARESE MATTEUCCI - G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l’autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 1/2013, spec. 16 ss.).

<sup>23</sup> Che la certezza del diritto in senso oggettivo abbia (e mantenga) significato unicamente in quanto riesca a farsi certezza dei diritti soggettivi si è tentato di argomentare in altri luoghi, fra i quali il commento alla pronunzia del giudice costituzionale da ultimo richiamata nel testo: v., dunque, volendo, il mio *Il giudicato all’impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2011 e in *Legisl. pen.*, 2/2011, 481 ss.

<sup>24</sup> V., nuovamente, *M.C. ed altri c. Italia*, cit., spec. al punto 120.

<sup>25</sup> Ancora R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, cit., spec. al § 5.

<sup>26</sup> A mia opinione, un supplemento di riflessione nondimeno s’impone circa le possibili implicazioni di ordine istituzionale che potrebbero discendere da siffatte premesse, una volta linearmente svolte e portate alle loro ultime e conseguenti applicazioni.

Non è di qui, nondimeno, insistere sulle perduranti oscillazioni ed aporie di costruzione della teoria giurisprudenziale dei rapporti interordinamentali (o intersistemici che dir si voglia<sup>27</sup>). Se n'è accennato unicamente al fine di mostrare come il pensiero del giudice costituzionale a riguardo della certezza del diritto, nel suo fare "sistema" con altri valori costituzionali, sia alquanto articolato e complesso, com'è peraltro testimoniato dalla giurisprudenza relativa a campi materiali di esperienza qui non interessanti<sup>28</sup>.

## **2. Gli aggiustamenti che sono da mettere in conto al piano dei rapporti tra le Corti per effetto della prevista adesione dell'Unione alla CEDU (con specifico riguardo alla conformazione strutturale delle decisioni delle Corti europee quali decisioni-quadro, con le quali si dà largo spazio alle forme, positive e giurisprudenziali, richieste per il loro ulteriore ed opportuno svolgimento)**

La ricerca della più "intensa" tutela dei diritti fondamentali è l'autentica *Grundnorm* che presiede ai processi interpretativi che si impiantano e svolgono tanto in ambito interno quanto in ambito sovranazionale o, se si preferisce altrimenti dire, è il *Grundwert* in nome del quale si combinano, in un gioco sempre vario in ragione dell'incessante mutare dei casi, le norme, componendosi in sistema<sup>29</sup>. La tutela più "intensa" è poi anche una tecnica della quale, specie di recente ed in modo crescente, ha fatto largo utilizzo la nostra Corte costituzionale, un utilizzo talora strumentale allo scopo di discostarsi da indirizzi del giudice europeo – ad esser franchi – sgraditi, a dire del giudice delle leggi inadeguati a dare compiuto appagamento ai beni costituzionali nella loro congiunta considerazione, nel loro fare "sistema" insomma. Allo stesso scopo, poi, è stata piegata l'altra tecnica, di cui pure si è avuto (e si ha) non raro riscontro, che è data dalla osservanza della giurisprudenza europea non necessariamente in ogni sua parte, considerandosi infatti sufficiente che ne sia fatta salva la "sostanza"<sup>30</sup>. È facile previsione quella per cui delle tecniche in parola si avranno frequenti riscontri, tanto nella giurisprudenza costituzionale quanto in quella comune. È tuttavia verosimile attendersi qualche non secondario aggiustamento, per effetto di talune novità positive che potrebbero lasciare un segno non effimero nei futuri sviluppi delle relazioni tra le Corti e, dunque, negli orientamenti della giurisprudenza; d'altro canto, è altresì da mettere in conto che correzioni sia pur parziali di rotta rilevabili in questi ultimi possano avere la loro immediata, visibile proiezione al piano dei rapporti istituzionali, mettendo in moto nuovi processi sia di produzione giuridica che nelle più salienti pratiche applicative di questa. Il quadro complessivo – anticipo una conclusione che mi sforzerò di argomentare a breve – sembra essere nel senso di

<sup>27</sup> Questa seconda, e non pure la prima, qualifica sarebbe – a dire della Corte costituzionale – appropriata con riferimento alla CEDU ed ai suoi rapporti col diritto interno, siccome giudicata priva della "copertura" dall'art. 11 cost. offerta alle sole "organizzazioni" che assicurino la pace e la giustizia tra le Nazioni. Si è nondimeno fatto altrove osservare come la stessa giurisprudenza (già nella sent. n. 349 del 2007) non abbia mancato di rilevare il carattere "istituzionale" (nella densa accezione romaniana del termine) della CEDU quale "realtà giuridica, funzionale e istituzionale" (punto 6.1 del *cons. in dir.*). Fiduciosa si è dichiarata una sensibile dottrina (per tutti, R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, cit., 243) a riguardo della possibilità che le basi teoriche su cui poggia la costruzione giurisprudenziale eretta nel 2007, specificamente nella parte in cui esclude che l'art. 11 cost. possa essere evocato in campo a giustificazione dell'applicazione immediata della CEDU, non reggano all'usura del tempo (o, meglio, della stessa... *giurisprudenza*).

<sup>28</sup> Continue, mai finite, le oscillazioni della giurisprudenza tra una prospettiva formale-astratta ed una assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico. E basti solo, al riguardo, un cenno a come è usualmente ricostruito, in applicazione di criteri di formale fattura, l'ordine delle fonti e però, per singolare contrasto, a come si guardi alle vicende della normazione costituzionale e, segnatamente, al problema dei limiti alla revisione costituzionale, apprezzabili unicamente al piano delle norme ed in prospettiva assiologicamente orientata, o ancora al modo con cui si ricostruiscono talune vicende della normazione, ad es. a come si fa utilizzo del criterio della *lex posterior*, impedito nel suo libero dispiegarsi in ragione delle *norme*, non già delle *fonti*, di volta in volta in rilievo (così, a proposito delle domande di abrogazione popolare, giudicate inammissibili laddove le norme poste ad oggetto delle domande stesse diano una "tutela minima" a beni costituzionalmente protetti, o a riguardo delle vicende nel tempo delle norme con le quali si fissano i "livelli essenziali" delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, e via dicendo).

<sup>29</sup> Non a caso, si è ancora di recente fatto osservare da un'accorta dottrina (E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, cit., § 3) che il canone in parola, seppur forgiato sul fronte dei rapporti tra diritto interno e CEDU, non può non valere altresì in merito ai rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, nonché – per esplicita indicazione in tal senso della stessa Convenzione che ritaglia per sé un ruolo meramente "sussidiario" – ai rapporti tra diritto dell'Unione e diritto convenzionale. La qual cosa, poi, come si è ritenuto di dover osservare altrove (nel mio *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, cit.), è gravida di implicazioni a più piani di esperienza e, in generale, in vista della compiuta ricostruzione delle relazioni interordinamentali (ad es., per ciò che concerne il rilievo da dare ai "controlimiti" nelle vicende riguardanti il diritto eurounitario al momento del suo ingresso in ambito interno: v., in particolare, della mia *op. ult. cit.*, il § 2 in nt. 11).

<sup>30</sup> Ho ragionato, ancora non molto tempo addietro, attorno agli usi fatti delle tecniche in discorso, nonché alle loro possibili implicazioni di ordine istituzionale, nel mio *"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 19 novembre 2013, e in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24/2013.

una accentuata mobilità e fluidità delle relazioni tra le Corti, sia di quelle che le Corti europee intrattengono *inter se* che delle relazioni che esse hanno coi giudici nazionali: una mobilità e fluidità di cui, per vero, si hanno numerose e tangibili tracce nelle esperienze giurisprudenziali, specie di quelle degli anni a noi più vicini, ma che promettono appunto di farsi vedere in modo ulteriormente marcato e, almeno per taluni profili, inusuale.

Mi soffermo qui, in particolare, su due dati: la prevista (ma – è da temere – non prossima) adesione dell'Unione europea alla CEDU e l'entrata in vigore del prot. 16, sopra già richiamato. È interessante notare che entrambi questi dati possono spingere, a seconda delle circostanze e degli interessi di volta in volta in gioco, tanto verso una crescente convergenza degli indirizzi di cui ciascuna Corte si fa portatrice, quanto però per la loro divaricazione. Non si dà, insomma, una regola (o, per dir meglio, una *regolarità*) fissa, univocamente orientata. Ciò che maggiormente conta è che, quale che sia la piega che dovessero prendere queste vicende, quella accentuata responsabilizzazione del ruolo dei giudici, cui si è dietro accennato, troverà verosimilmente terreno fertile per ulteriormente radicarsi e farsi valere.

Per quanto, dal punto di vista positivo, la prima novità sia di ancora maggior rilievo della seconda, quanto alle possibili ricadute sulle prassi giurisprudenziali – a me pare – che anche quest'ultima possa esprimere una non secondaria valenza. Non si trascuri, peraltro, che già al presente il giudice dell'Unione si mostra attento nei riguardi delle prese di posizione del giudice di Strasburgo, alla cui giurisprudenza sono – come si sa – fatti frequenti richiami. Certo, il timore che gli atti dell'Unione (fra i quali le stesse pronunzie della Corte di Lussemburgo...) possano costituire oggetto di decisioni a loro carico adottate a Strasburgo può lasciare un segno nei verdetti emessi a Lussemburgo. Sta di fatto, però, che il circolo interpretativo sembra già ben delineato nella sua strutturale complessità e consistenza, come pure nelle sue più salienti movenze, lo stesso giudice di Strasburgo facendo non infrequenti riferimenti agli indirizzi giurisprudenziali formati in seno all'Unione<sup>31</sup>. Dal loro canto, i giudici nazionali (e, in ispecie, quelli costituzionali) non restano estranei alle dinamiche che prendono forma in seno al circolo stesso, per un verso dando voce a quelle "tradizioni costituzionali" che, nel loro insieme, costituiscono punto di riferimento, in modo immediato e diretto, della Corte dell'Unione e, di riflesso, della stessa Corte di Strasburgo<sup>32</sup> e, per un altro verso, dando seguito agli indirizzi interpretativi provenienti *ab extra*, un seguito al quale non di rado si accompagnano originali e diversificati svolgimenti che poi, a loro volta, concorrono a rigenerare proprio quelle "tradizioni costituzionali", cui si è appena fatto cenno. Nel cerchio più grande insomma, che abbraccia ed ospita tutte le Corti, s'inscrivono numerosi cerchi minori, alcuni delineandosi negli stessi ordinamenti nazionali e di qui quindi proiettando la loro immagine al piano sovranazionale, altri frutto di incroci o combinazioni parziali degli indirizzi giurisprudenziali manifestati da questa o quella Corte.

La spinta verso la convergenza (segnatamente, al piano dei rapporti tra le Corti europee) che, nondimeno, potrà venire dall'adesione dell'Unione alla CEDU, così come all'inverso i sostanziali, reciproci sco-

---

<sup>31</sup> Non si trascuri, peraltro, il rilievo (ad oggi, invero, non particolarmente consistente ma, con ogni probabilità, destinato vistosamente a crescere nel prossimo futuro) che è da assegnare ai reciproci richiami che le Corti europee si fanno con altre Corti ancora (su di che, di recente, T. GROPPI - A.M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 19/2013).

<sup>32</sup> In ambito eurounitario, peraltro, le tradizioni stesse sono – come si sa – fatte oggetto di originale rielaborazione ed adattamento alle peculiari esigenze dell'Unione: non sono, cioè, un dato preformato, che attende unicamente di essere trasposto nella dimensione sovranazionale e qui utilizzato a beneficio dei diritti, ma è la stessa mano del giudice eurounitario, nel momento stesso in cui attinge la materia prima dai serbatoi costituzionali degli Stati, a darvi quindi forma. La loro messa a punto ha dunque luogo nel circolo ermeneutico, così come è sempre in questo che può cogliersi e compiutamente apprezzarsi il prodotto finale della lavorazione. Altra cosa è come la lavorazione stessa prenda forma, vale a dire, in buona sostanza, a mezzo di quali tecniche possa appropriatamente farsi, in primo luogo, un'adeguata comparazione tra gli istituti costituzionali dei singoli Stati membri e di quant'altro entri complessivamente a comporre le "tradizioni" in discorso e, in un secondo momento, la verifica di ciò che è congeniale alle peculiari esigenze dell'Unione e di quali siano dunque gli adattamenti dei materiali nazionali richiesti in vista dell'ottimale appagamento delle esigenze stesse. Come si vede, si ha qui conferma della centralità di rilievo della comparazione, da tempo sottolineata dalla più sensibile dottrina (tra i molti altri, G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit.; P. GORI, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della Corte EDU, recenti sviluppi*, relaz. all'incontro di studio organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Struttura Didattica Territoriale del Distretto di Corte d'Appello di Venezia, su *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte EDU e nazionale: la dignità della persona nella vita privata e familiare, nel carcere e nelle istituzioni*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 21 giugno 2013; AA.VV., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, a cura di T. Groppi e M.C. Ponthoreau, Hart Publishing, Oxford 2013; AA.VV., *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane. Casi e materiali*, a cura di M. Carducci e P. Riberi, Giappichelli, Torino 2014, ed *ivi*, part., il saggio introduttivo di M. CARDUCCI, *La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa. Casi e problemi*, 5 ss., con ulteriori riferimenti). Resta, ad ogni buon conto, ad oggi bisogno di ulteriore ed approfondito studio il modo peculiare con cui la Corte dell'Unione fa in concreto luogo alla comparazione delle "tradizioni" nazionali; una questione, questa, che, *mutatis mutandis*, si pone altresì con riguardo alla Corte di Strasburgo, specie per ciò che concerne le indagini da essa fatte a riguardo della sussistenza del consenso (su di che subito *infra*).



stamenti d'indirizzo tra le Corti, ancorché abilmente camuffati o, per dir così, temperati per effetto dell'applicazione di tecniche decisorie conducenti allo scopo<sup>33</sup>, avranno di sicuro immediati riflessi nelle pratiche interpretative adottate in ambito nazionale, per mano sia del giudice costituzionale che dei giudici comuni. La più marcata tendenza dovrebbe, nondimeno, aversi proprio nel verso della reciproca convergenza, facendosi ad ogni buon conto salva l'identità che connota tanto il sistema eurounitario quanto quello convenzionale<sup>34</sup>.

Ciò che sembra pressoché certo è che, una volta perfezionatasi l'adesione, si avranno aggiustamenti di posizione in entrambe le Corti europee. Si pensi solo al modo inusuale con cui verosimilmente si attingerà la dottrina del consenso, quale – come si sa – messa a punto dalla Corte di Strasburgo<sup>35</sup>; ed è chiaro che altro è il raffronto tra le soluzioni normative o gli indirizzi giurisprudenziali invalsi presso i singoli ordinamenti statali ed altra cosa le soluzioni o gli indirizzi di cui sia artefice l'Unione. Un conto, cioè, è una “tradizione costituzionale” espressa dal singolo ordinamento nazionale e ben altro conto una “tradizione” ormai *pleno* (o *optimo*) *iure* “europeizzate”<sup>36</sup>. La cautela con cui a Strasburgo si volgerà lo sguardo verso l'Unione, il suo ordinamento positivo e, in special modo, la sua giurisprudenza, mi parrebbe d'obbligo, così come però non dovrebbe mancare alla Convenzione la doverosa attenzione, se non pure la deferenza, nei suoi riguardi manifestata da un'Unione che sa di essere quotidianamente esposta a possibili ricorsi davanti al giudice di Strasburgo.

Di qui (ma, come si vedrà tra non molto, non solo di qui), una duplice spinta di cui dovrebbe aversi testimonianza soprattutto dopo l'adesione ma che potrebbe essere incoraggiata a formarsi anche prima di essa e in vista del suo più solido e fruttuoso impianto: da un lato, una tendenza, come si diceva, nel verso di una accentuata convergenza degli indirizzi giurisprudenziali di cui le Corti europee si fanno portatrici; da un altro lato, potrà assistersi alla conformazione strutturale delle decisioni adottate dalle Corti stesse in modi tali da farne delle *decisioni-quadro* che, allo stesso tempo in cui enunciano principi di ordine generale a garanzia dei diritti, si rimettono alle loro più opportune specificazioni-attuazioni da parte degli operatori cui si rivolgono, sollecitati dunque alla produzione delle regole maggiormente adeguate all'implementazione dei principi stessi<sup>37</sup>.

La giurisdizione, insomma, dovrebbe sempre di più somigliare ad una sorta di *work in progress*, di un processo che s'impiana e svolge a plurimi livelli istituzionali, superando le barriere dei singoli ordinamenti, e che si fa per gradi ora discendenti ed ora ascendenti (a seconda di dove si situi il punto di partenza che dà il via allo svolgimento del processo stesso), un processo in seno al quale il modello delle sentenze-pilota

---

<sup>33</sup> ... quali il *distinguishing* o il ricorso a quei criteri della tutela più “intensa” e della osservanza della giurisprudenza europea circoscritta alla sola “sostanza” del diritto convenzionale vivente, di cui si è sopra fatta menzione con riguardo ai rapporti coi giudici nazionali ma che non senza fondamento potrebbero valere altresì sul fronte dei rapporti intrattenuti dalle Corti europee *inter se*.

<sup>34</sup> La salvaguardia di siffatta identità, d'altronde, è la *condicio sine qua non* cui l'Unione (e, per essa, specificamente la sua Corte) subordina l'ingresso nel sistema convenzionale (in argomento, di recente, M.E. GENNUSA, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: verso una nuova fase “costituente” europea?*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 905 ss., e P. GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, Oxford 2013).

<sup>35</sup> Ha, di recente, fatto il punto sulle sue più salienti espressioni 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*, relaz. all'incontro di studio svoltosi a cura del Consiglio Superiore della Magistratura, Formazione Decentrata del Distretto di Milano, l'11 gennaio 2013 su *La Corte europea dei diritti dell'uomo: il meccanismo di decisione della CEDU e i criteri d'interpretazione conforme*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 11 gennaio 2013.

<sup>36</sup> Sul rilievo che, già al presente, è da assegnare al vincolo fatto all'Unione di prestare rispetto non soltanto alle tradizioni comuni ma agli stessi principi di struttura dei singoli ordinamenti nazionali e che di questi ultimi danno l'identità costituzionale, v., tra gli altri e di recente, S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss., e, della stessa, ora, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, cit., spec. 190 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012.

<sup>37</sup> ... una produzione che potrà aversi per mano sia del legislatore che dei giudici, così come è proprio delle additive di principio adottate dalla Corte costituzionale, l'uno e gli altri sollecitati ad attivarsi, negli ambiti e con gli strumenti loro propri, al fine di dare il seguito opportuno a pronunzie delle Corti europee che mettano a nudo strutturali carenze del sistema nazionale di garanzia dei diritti.

Un esempio emblematico di particolarmente sollecito intervento del legislatore a ridosso di una pronunzia della Corte di Strasburgo (peraltro non ancora definitiva...) può vedersi con riferimento all'annosa questione della scelta del cognome dei figli. A pochi giorni di distanza dalla pubblicazione della pronunzia della Corte, Seconda Sezione, del 7 gennaio 2014, ric. n. 77/07, *Cusan e Fazzo c. Italia*, il Governo si è prontamente attivato predisponendo un disegno di legge nel solco della decisione del giudice europeo. Non sempre, però, le cose vanno nel verso giusto, specie laddove il “seguito” ai verdetti di Strasburgo comporti la disponibilità di risorse problematicamente reperibili (come a riguardo della questione del sovraffollamento carcerario, dietro accennata) ovvero si riscontrino profonde e laceranti divisioni in seno alla maggioranza di governo (ad es., per ciò che concerne la disciplina delle unioni omosessuali, al cui varo ha opposto un fermo veto una forza politica di fresca formazione, minacciando l'immediata rottura del patto di coalizione ove dovesse ad essa farsi luogo).

appare destinato – come si è venuti dicendo – a crescere sempre di più e a diffondersi non solo nel suo contesto di origine, al piano cioè dei rapporti tra Convenzione e ordinamenti nazionali, ma anche (e, forse, soprattutto) a quello dei rapporti con l'Unione e – perché no? – di quest'ultima con gli Stati<sup>38</sup>. Il margine di apprezzamento<sup>39</sup>, per effetto della duttilità strutturale di cui saranno dotate le decisioni delle Corti europee, potrebbe in tal modo acquistare forme e dimensioni inusuali. Allo stesso tempo, le pronunzie delle Corti europee, col carattere prevalentemente "direttivo" che le connota, potranno sollecitare un sensibile svecchiamento delle tradizioni costituzionali nazionali, tanto più idoneo ad affermarsi nell'ambito loro proprio quanto più avrà luogo nel segno della gradualità, senza bruschi scossoni che nell'ambito stesso faticherebbero ad essere compresi e come si conviene assorbiti. Uno svecchiamento che, poi, come si è venuti dicendo, potrà, per la sua parte, concorrere alla incessante ricarica delle stesse tradizioni europee, con un moto – come si vede – senza fine che si alimenta e rinnova da sé.

Al tirar delle somme, il quadro appare essere alquanto articolato e composito. Perché se, per un verso, per effetto della convergenza degli indirizzi interpretativi invalsi in ambito europeo potrà crescere la pressione sugli operatori di diritto interno<sup>40</sup>, inducendo a correzioni ed aggiustamenti di vario segno delle pratiche giuridiche adottate in ambito nazionale, per un altro verso, però, la pressione stessa potrà risultare alleggerita dalla conformazione strutturale duttile propria delle pronunzie dei giudici europei, quanto meno appunto nei casi in cui dovesse aversene effettivo riscontro. L'esito complessivo dovrebbe, dunque, essere nel senso del radicamento di un sistema di tutela dei diritti fondamentali tendenzialmente integrato e di dimensioni europee ma con una spiccata vocazione alla propria "universalizzazione": un "sistema di sistemi", come si è tentato di mostrare altrove<sup>41</sup>, che ha nell'interpretazione, in specie in un'interpretazione assiologicamente orientata e circolarmente conforme, il perno attorno al quale incessantemente ruota ed il punto fermo dal quale saldamente si tiene, e un sistema in seno al quale convivono, in un equilibrio perennemente instabile ed oscillante, la spinta alla unificazione e quella alla diversificazione, senza nondimeno che né l'una né l'altra possano realizzarsi appieno, vedere cioè fino in fondo appagata la loro vocazione alla tirannica, esclusiva affermazione.

<sup>38</sup> Riferimenti alle risposte-quadro date dalla Corte di giustizia adita in sede di rinvio pregiudiziale possono ora vedersi in L. CAPPUCIO, *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., 109 ss., con particolare attenzione a Kamberaj.

<sup>39</sup> ... a riguardo del quale, tra gli studi più recenti in cui si dà la descrizione delle sue varie ed oscillanti movenze, v., part., A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; 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.; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 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*, cit.; G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Jovene, Napoli 2013, 180 ss., e, 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.

<sup>40</sup> In specie l'"aggressività" della Corte EDU è stata rilevata da O. POLLICINO, che ne ha fatto oggetto di studi numerosi ed approfonditi (tra gli altri, v. *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 1 ss., e spec. *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo l'allargamento del Consiglio D'Europa ad Est: forse più di qualcosa è cambiato*, in AA.VV., *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G. Bronzini - F. Guarriello - V. Piccone, Ediesse, Roma 2009, 101 ss., e quindi, diffusamente, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, cit., e, ora, *Toward a Convergence between the EU and ECHR Legal Systems?*, in AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, cit., 99 ss.).

<sup>41</sup> ... nel mio CEDU, *diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 19 aprile 2013, e in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 19 aprile 2013; in altri scritti (e, tra questi, *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell'ignoto o ritorno al passato?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4/2013, spec. al § 5) ho, poi, discorso di una tendenza alla "federalizzazione dei diritti", volendo appunto rimarcare la continua tensione dialettica (ma anche il fattivo concorso, con varietà di forme e di accenti) di norme e giurisprudenze europee da un canto, norme e giurisprudenze nazionali dall'altro, nello sforzo proteso a dare – fin dove possibile – compiuto appagamento alle pretese di tutela avanzate da taluni tra i più avvertiti bisogni elementari dell'uomo. Di un "federalismo delle costituzioni", inteso non già come "un'unità che incombe" bensì quale "convergenza da cercare", ragionano anche G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, in chiusura della loro *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, 568. Dal mio canto, da tempo vado dicendo essere la Costituzione una "intercostituzione", nella sua struttura venendo ad immettersi materiali provenienti *ab extra* e parimenti idonei a dare appagamento ai diritti, così come "intercostituzionale" è, *mutatis mutandis*, la struttura della Carta di Nizza-Strasburgo o della CEDU (e di altre Carte ancora), siccome bisognosa di variamente attingere dai serbatoi costituzionali quanto può concorrere alla sua incessante rigenerazione semantica.

**3. Le novità che possono ragionevolmente attendersi a seguito dell'entrata in vigore del prot. 16: in specie, a) la contrazione dei margini entro i quali può farsi luogo all'apprezzamento della "sostanza" della giurisprudenza europea bisognosa di essere comunque rispettata (una questione, questa, di particolare delicatezza e rilievo con riferimento ai pareri richiesti al giudice europeo dalla Corte costituzionale, al "seguito" che essi potrebbero avere, agli effetti conseguenti alla loro inosservanza)**

Dopo le cose dette non si richiede un lungo discorso con riguardo all'altra novità costituita dall'adozione del prot. 16, di ormai prossima entrata in vigore<sup>42</sup>. Quanto, infatti, agli sviluppi che possono da essa attendersi e facendo, ancora una volta, specifico riferimento alle due tecniche decisorie di cui si è già discusso, a me pare che un duplice esito possa essere messo ragionevolmente in conto: per un verso, la contrazione dei margini entro i quali gli operatori nazionali potranno far luogo all'apprezzamento della "sostanza" della giurisprudenza europea alla quale sono tenuti a conformarsi e, per un altro verso, la tendenza all'accentramento in ambito interno dei processi interpretativi, per effetto della sottolineatura del ruolo che sarà esercitato dalle Corti "superiori", le sole abilitate a chiedere pareri al giudice europeo.

Quanto al primo punto, è chiaro che, nel momento stesso in cui dovesse farsi frequente ricorso al nuovo strumento di cooperazione tra gli operatori di giustizia<sup>43</sup>, diventa assai arduo, ancorché non impossibile, per i giudici nazionali far luogo a selezioni originali della giurisprudenza europea al fine di stabilire quale ne sia la "sostanza" comunque inderogabile, una volta che la stessa dovesse essere resa palese dai pareri emessi a Strasburgo<sup>44</sup>. È vero che questi ultimi non sono ad ogni buon conto vincolanti; ma è pure vero che il giudice che dapprima chieda la consulenza della Corte europea e poi vi si discosti<sup>45</sup> esporrebbe la propria decisione a pressoché certa impugnazione davanti a quella stessa Corte che poi assai difficilmente potrà smentirsi<sup>46</sup>. L'unica via possibile di fuga, in tali circostanze, sembra essere allora proprio quella del ricorso

---

<sup>42</sup> In argomento, da ultimo, R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit., spec. 151 ss., a cui opinione dalla novità in parola può venire un'autentica "rivoluzione copernicana negli ordinamenti – e nelle giurisdizioni – che hanno sempre vissuto con un notevole grado di ansia 'la prova Strasburgo'" (159).

<sup>43</sup> Una evenienza, questa, che dovrebbe essere incoraggiata a formarsi specialmente nei casi in cui il richiamo alla Convenzione (ed alla sua Corte) dovesse esser fatto dalle parti ovvero abbia costituito oggetto di esame in un precedente giudizio e la Corte nazionale voglia perciò mettere al riparo – per quanto possibile – il proprio verdetto da un futuro ricorso alla Corte europea, giocando – per dir così – d'anticipo e chiedendo lumi a quest'ultima ancora prima di emetterlo.

Quale possa poi essere la reazione della Corte europea a fronte di un uso massiccio dello strumento di cooperazione in parola, sempre che appunto se ne abbia riscontro, non è dato stabilire. Non è inverosimile, nondimeno, supporre che potrebbero essere adottate misure "difensive", quale un largo ricorso alla dichiarazione d'inammissibilità, in ispecie motivata in relazione al carattere non di "principio" delle questioni sollevate dai giudici nazionali. La qual cosa, poi, potrebbe tornare a fare espandere i margini di apprezzamento dei giudici stessi, così come si ha nei casi di mancata richiesta della consulenza. Di tutto ciò, nondimeno, è ancora prematuro discutere.

<sup>44</sup> È però da considerare che la richiesta del parere ha da essere preceduta e sorretta da studi complessi ed approfonditi della giurisprudenza europea, che ha ormai assunto – come si sa – dimensioni elefantache, e, perciò, a conti fatti, implica di già una selezione della sua "sostanza". Ciò nondimeno, è poi pur sempre la risposta che viene da Strasburgo a fissare la "sostanza" stessa e *quodammodo* a "blindarla". Altra cosa è poi stabilire se la magistratura nelle sue più elevate espressioni sia già al presente pronta, adeguatamente attrezzata, per far luogo agli studi suddetti; ma questa non è questione che può essere qui affrontata.

<sup>45</sup> Si potrebbe, invero, ipotizzare di congegnare il meccanismo che dà modo alle Corti nazionali di "dialogare" con la Corte europea in modo tale da non obbligare in ogni caso l'autorità remittente a sospendere il processo in attesa del parere richiesto al giudice di Strasburgo. Pur non nascondendomi alcuni vantaggi che potrebbero venire dall'accoglimento di siffatta soluzione, non esito tuttavia a dichiararmi ad essa contrario. A mia opinione, infatti, pur nella diversità della funzione esercitata dalla Corte europea, rispettivamente in sede giurisdizionale ed in sede consultiva, una diversità a riguardo della quale, nondimeno, si faranno più avanti talune precisazioni, il carattere "incidentale" della richiesta di parere merita di essere comunque preservato e parrebbe peraltro imposto dallo stesso prot. 16, laddove (art. 1, c. 2) si stabilisce che esso può essere richiesto "solo nell'ambito di una causa pendente", aggiungendosi (c. 3) poi, significativamente, che "la giurisdizione che presenta la domanda deve motivare la richiesta di parere e produrre gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente. Il parere, insomma, deve necessariamente servire il caso che ne sollecita l'emanazione, pur laddove non sia quindi fatto proprio dal giudice richiedente. Altrimenti, ad es., la parte non avrebbe alcun interesse a sollecitarlo (e, a mio modo di vedere, è bene non privarsi di questa risorsa), fermo restando ovviamente che il parere può non servire esclusivamente il caso stesso ma rendersi utile per ogni altra vicenda processuale in cui esso dovesse riproporsi con identità di caratteri oggettivi. In altri termini, il giudice richiedente si rivolge a Strasburgo non già per conoscere *in astratto* il punto di vista della Corte europea, a valere *pro futuro*, ma perchè consapevole di non poterne fare a meno nell'esercizio della funzione che *in concreto* svolge. D'altro canto, a rinforzo della tesi ora prospettata soccorre la circostanza per cui può sembrare francamente odioso, ripugnante, che il giudice decida senza attendere la risposta da Strasburgo, per poi subito appresso avvedersi di aver sbagliato, una volta appreso l'avviso della Corte EDU. Certo, c'è sempre il rimedio del successivo "appello" alla stessa Corte. Ma allora si che si avrebbe quel sovrappiombamento di compiti che – come si dirà a momenti – è da molti temuto, per gli inconvenienti che potrebbe aversene a riguardo della funzionalità dell'organo.

<sup>46</sup> Si faccia tuttavia caso al fatto che, allo stesso tempo in cui si riducono – come si viene dicendo – gli spazi rimessi agli operatori di diritto interno in ordine alla selezione della "sostanza" della giurisprudenza convenzionale vincolante, possono offrirsi ulteriori opportunità al piano dell'interpretazione conforme, che proprio dalla consulenza prestata dal giudice europeo potrebbe ricevere spunti

alla tecnica della tutela più “intensa”, facendo appello alla Costituzione come “sistema” e assumendo che sia in grado di offrirla ancora meglio della Convenzione, secondo quanto si è dietro accennato e si tenterà di precisare ancora meglio a breve.

Qui, la questione si fa estremamente delicata con riguardo alla Corte costituzionale, sempre che dovesse essere annoverata tra le autorità giurisdizionali abilitate a rivolgersi a Strasburgo, cosa – a me pare – non meritevole di essere messa in discussione, specie ove si consideri che la stessa Corte si è riconosciuta legittimata ad interloquire con l'altra Corte europea, in sede di rinvio pregiudiziale<sup>47</sup>. E sarebbe invero ben strano che la nostra Corte possa essere un giudice – per dir così – *a corrente alternata*...

Altra cosa è, poi, quale uso potrà aversi dello strumento in discorso da parte del giudice delle leggi: verosimilmente, assai parco, come d'altronde è fin qui stato dell'altro strumento idoneo a mettere in diretto contatto il giudice costituzionale con la Corte dell'Unione. D'altro canto, può anche capirsi, seppure non del tutto giustificarsi, la ritrosia del giudice delle leggi ad acquisire la consulenza della Corte europea, che comunque lo vincolerebbe nei fatti (se non pure secondo diritto) o, come che sia, porterebbe ad un forte restringimento dei margini di manovra di cui il giudice stesso dà mostra di voler disporre allo scopo di differenziarsi, alla bisogna, dagli indirizzi della Corte europea<sup>48</sup>, senza peraltro escludere del tutto l'ipotesi, ancorché obiettivamente remota, che il tribunale costituzionale voglia contrapporsi frontalmente al giudice europeo<sup>49</sup>.

È pur vero, tuttavia, che un verdetto del giudice costituzionale dotato del supporto e conforto della consulenza rilasciata a Strasburgo verrebbe ad essere naturalmente provvisto di una formidabile legittimazione sostanziale e, perciò, ad esprimere una parimenti formidabile valenza persuasiva nei riguardi del suo multiforme uditorio<sup>50</sup>.

Sta di fatto che, per l'aspetto giuridico, rimane sempre sul tappeto, ad oggi bisognosa di adeguato approfondimento, la questione dell'"appello" al giudice europeo originato dallo scostamento del giudice costituzionale dagli indirizzi dal primo manifestati. È chiaro che l'"appello" in parola – se così vogliamo, seppur impropriamente, chiamarlo – non avrebbe titolo giustificativo nella inosservanza del parere, in via di principio idoneo ad esprimere un vincolo a carico di chi lo richiede, ma nella inosservanza della Convenzione. Nei

---

utili per la propria affermazione. A questo piano, nondimeno, la partita si apre a tutto campo, potendosi anche avere spunti in senso inverso, tali da spegnere sul nascere l'aspettativa di una auspicata interpretazione conforme, così come ogni evenienza è possibile per ciò che concerne il modo con cui l'interpretazione convenzionalmente orientata si pone davanti ad altre specie di orientamento interpretativo (e, segnatamente, all'interpretazione costituzionalmente conforme). Alla fin fine, tutto dipende da quali indicazioni potranno venire alla luce del criterio della tutela più “intensa”, secondo quanto si tenterà di mostrare ancora meglio a breve.

<sup>47</sup> Dapprima, come si sa, unicamente in sede di giudizio in via principale e, quindi, anche nei procedimenti in via di eccezione; rimane, poi, aperta la questione se il rinvio in parola potrà altresì aversi in occasione dell'esercizio delle rimanenti competenze del giudice costituzionale: questione che sarei propenso a risolvere in senso affermativo, con la sola riserva riguardante i giudizi di ammissibilità delle domande referendarie, la cui natura (appunto, quale “giudizi” in senso proprio) è – come si sa – discussa. D'altro canto, potrebbe essere opportuno non rinunciare a percorrere la strada che porta a Strasburgo anche in sede di “giudizio” di ammissibilità delle richieste di referendum, sol che si pensi che le disposizioni di legge oggetto delle stesse potrebbero risultare dotate di “copertura” da parte della Convenzione (e perciò meritevoli di essere messe dalla Consulta al riparo dalla loro illecita rimozione) e che, diversamente di ciò che si ha nei procedimenti in via incidentale, qui non v'è altro “giudice”, se non appunto la Corte costituzionale, che possa far richiesta di parere. Rimane, ad ogni buon conto, l'ostacolo costituito dalla cadenza temporale rigida fissata dalla legge per lo svolgimento del referendum, che quasi certamente verrebbe alterata in conseguenza dell'aggravamento procedurale costituito dalla consultazione richiesta al giudice europeo. È lo stesso ostacolo – come si vede – che potrebbe altresì frapporsi all'esercizio del rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione, ove si reputi che possa aversi in sede di “giudizio” dell'ammissibilità delle domande referendarie. Temo che non vi sia altro modo per superarlo che quello di un aggiornamento della disciplina stabilita nella legge 352 del '70, a meno che la stessa Corte costituzionale non reputi di potervi far luogo per via giurisprudenziale, magari dopo aver sollevato davanti a se stessa una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la legge stessa, concludendo quindi con un'additiva di meccanismo. In siffatta evenienza, nondimeno, la Corte di sicuro non potrebbe spingersi oltre la mera aggiunta di un principio, rimettendosi quindi per i suoi opportuni svolgimenti all'intervento del legislatore. È poi interessante notare che, nella circostanza ora astrattamente presa in esame, col fatto stesso di aprire un processo incidentale sulla legge 352 contestualmente alla richiesta di parere indirizzata al giudice europeo, la Corte farebbe comunque “saltare” i tempi stretti previsti dalla legge stessa. Si aggiunga che i tempi stessi non sarebbero comunque rispettati altresì per il caso che a rivolgersi al giudice europeo dovesse essere l'Ufficio centrale per il referendum, sempre che ritenuto esso pure provvisto del titolo richiesto per rivolgersi alla Corte europea, nonché alla Corte dell'Unione in sede di rinvio pregiudiziale. Insomma, una vicenda che, per l'uno o per l'altro verso, sembra che non possa avere un fisiologico svolgimento. Ciò che dovrebbe consigliare al legislatore di rompere ogni indugio e provvedere subito ad apportare alla disciplina legislativa i necessari emendamenti.

<sup>48</sup> Tornano qui, come si vede, a fare capolino le due tecniche decisorie, dietro richiamate, abilmente messe a punto dalla Consulta nell'intento di smarcarsi dal *pressing* del giudice di Strasburgo.

<sup>49</sup> Ciò che, come si sa, in altri ordinamenti s'è fatto (riferimenti in 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.).

<sup>50</sup> Viene in tal modo ad acquistare un rinnovato significato e ad essere apprezzata sotto un inusuale angolo visuale la parte motiva delle decisioni del giudice costituzionale, a riguardo del cui rilievo, per tutti, AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996.

fatti, tuttavia, le cose potrebbero non mutare nei due casi<sup>51</sup>. Ciò che, poi, la dice lunga circa il carattere effettivamente, esclusivamente “consultivo” del parere stesso, una volta che a seguito della sua adozione possa mettersi in moto un processo volto a determinare l’impugnazione dell’atto interno che non vi abbia prestato ascolto<sup>52</sup>. *Il consulente è, insomma, un potenziale giudice e da giudice ragiona*: un dato, questo, di cruciale rilievo, idoneo a lasciare un segno marcato sull’attività di tutti gli operatori (tribunale costituzionale incluso), di chi rivolge le domande così come di chi dà le risposte.

Con specifico riguardo agli atti del giudice costituzionale, parrebbe che essi possano in ogni tempo invocare a propria difesa lo scudo protettivo di cui all’art. 137, ult. c., cost. Non è detto però che esso sia sempre e comunque impenetrabile e che il disposto che erige lo scudo stesso non possa dunque partecipare ad operazioni di bilanciamento con altre statuizioni costituzionali, specie laddove espressive di principi fondamentali suscettibili di essere evocati in campo a “copertura” delle pronunzie del giudice europeo. Come si è tentato di mostrare altrove<sup>53</sup>, questa soluzione sembra disporre di qualche buon argomento a suo sostegno, a conti fatti potendosi riportare proprio a quel canone della tutela più “intensa” al quale la stessa giurisprudenza costituzionale ha – come sappiamo – fatto richiamo al fine di ambientare nel modo più corretto e lineare i rapporti tra diritto interno in genere e Convenzione. Certo, l’idea che un domani, oltre al processo penale (e ad altri processi?<sup>54</sup>), persino il processo costituzionale possa essere passibile di revisione può sembrare francamente fantasiosa<sup>55</sup>. Il punto è però che occorre essere fino in fondo conseguenti rispetto alle premesse del discorso fatto. Può anche darsi che si possa argomentare che di una “revisione” in senso proprio non si possa discorrere<sup>56</sup>; non avrei comunque dubbi a riguardo del fatto che una pronunzia della Corte europea definitiva e sopravveniente rispetto alla decisione del giudice costituzionale possa offrire “copertura” a fatti volti al ripristino della situazione normativa *ex ante*<sup>57</sup>, peraltro alimentando pratiche applicative invero assai discutibili, tra le quali è da mettere in conto l’evenienza di una sorta di disapplicazione *di fatto* del verdetto del giudice costituzionale o, come che sia, di atteggiamenti ostruzionistici opposti dagli operatori al suo

---

<sup>51</sup> La differenza tra di essi potrebbe, infatti, apprezzarsi nel caso che il parere dovesse discostarsi, in una sensibile misura, da un consolidato orientamento dello stesso giudice, ponendosi in “rottura” rispetto al “diritto convenzionale vivente”. Un’ipotesi, ovviamente, che non può essere *a priori* scartata ma che non dovrebbe, ad ogni buon conto, esser di frequente riscontro; sta di fatto che, ove la Corte mostri di aver mutato indirizzo (ciò che ha, ancora di recente, più volte fatto), una volta investita della questione (su di che subito *infra*), assai difficilmente potrebbe sentirsi indotta a tornare al passato. Si avrebbe qui, dunque, l’avvio di un nuovo corso giurisprudenziale, di un nuovo “diritto vivente”, sotto la spinta della consulenza dapprima prestata. La qual cosa, poi, avvalorata l’idea per cui – al di là delle innegabili differenze di natura e di effetti, al piano giuridico-formale – giurisdizione e consulenza, laddove come qui esercitate da un organo decisore di ultima istanza, possono nel vivo dell’esperienza reciprocamente confondersi. Tanto più laddove la seconda, al pari della prima, dovesse mostrarsi strettamente legata al caso che la origina e ne orienta il verso, esibendo pertanto un tasso assai elevato di “concretezza”; e ciò, malgrado la consulenza stessa debba appuntarsi unicamente su “questioni di principio” (su ciò, anche *infra*).

<sup>52</sup> È proprio nella considerazione di questa evenienza che una sensibile dottrina ha manifestato perplessità circa l’opportunità di introdurre la consultazione della Corte europea, a favore della quale peraltro – come si ricorderà – si è dichiarata la stessa Conferenza di Brighton (v., part., F. VECCHIO, *Le prospettive di riforma della Convenzione europea dei diritti dell’uomo tra limiti tecnici e ‘cortocircuiti’ ideologici*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), Osservatorio, novembre 2013, spec. al § 3). Il rischio del sovraccarico di lavoro per la Corte – come pure ad altro riguardo si accennava – non merita, ovviamente, di essere trascurato, quanto meno nel breve o medio periodo, mentre a lungo termine dovrebbe aversi un alleggerimento del peso gravante sul giudice europeo (così, da ultimo, R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit., 160 s.), specie laddove dovessero prendere corpo e diffondersi delle vere e proprie consuetudini interpretative in svolgimento delle indicazioni provenienti da Strasburgo e lungo il solco tracciato da queste. Altri ancora, ad ogni buon conto, sono i benefici che si profilano all’orizzonte per effetto della innovazione in parola, a mia opinione maggiormente meritevoli di considerazione rispetto agli eventuali inconvenienti ad essa legati. La riflessione qui svolta ha l’ambizione di poter offrire il suo piccolo apporto alla loro emersione.

<sup>53</sup> Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *L’“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali*, cit., spec. al § 5.

<sup>54</sup> Il punto è ad oggi bisognoso di essere messo come si conviene a fuoco; sembra nondimeno assai arduo argomentare che si diano processi refrattari al loro possibile rifacimento ove sia acclarata una violazione della Convenzione compiuta in occasione del loro svolgimento.

<sup>55</sup> Nondimeno, è da mettere in conto che possa prima o poi, ad es., accadere che qualcuno dei soggetti che abbia fatto richiesta d’intervento in sede di giudizio di legittimità costituzionalità e ne sia quindi stato escluso si rivolga alla Corte di Strasburgo lamentando di essere stato leso nel proprio diritto di difesa. Che ne sarà in tale evenienza della legge che sia stata nel frattempo annullata a seguito della eventuale pronunzia del giudice europeo che abbia accertato la violazione dei canoni del giusto processo?

<sup>56</sup> Mi riservo di riprendere la questione in un successivo studio ad essa specificamente dedicato.

<sup>57</sup> La decisione della Corte europea, in altri termini, può considerarsi espressiva di un mutamento di “situazione normativa”, tale da giustificare un mutamento, ad essa conseguente, d’indirizzo giurisprudenziale presso la Consulta (sulla “situazione normativa” come oggetto del giudizio di costituzionalità v., ancora da ultimo, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, Giappichelli, Torino 2014, 93 ss.).

effettivo vigore<sup>58</sup>. Un ripristino che potrebbe, dunque, portare, ad es., alla riproduzione di norma di legge caducata dalla Corte costituzionale ed invece giudicata idonea a dare adeguato svolgimento alle garanzie offerte ai diritti dalla Convenzione, magari proprio in quanto idonea a colmare una di quelle carenze strutturali, di sistema, cui si è dietro fatto cenno<sup>59</sup>. Così, ancora, un precedente verdetto del giudice costituzionale che abbia rigettato la questione sollevata nei riguardi di una norma di legge poi nella sua sostanza “sanzionata” dalla Corte europea, che ne abbia rivelato l’incompatibilità con la Convenzione, potrebbe agevolmente spianare la via ad un successivo rivolgimento della giurisprudenza costituzionale e, dunque, alla conversione del verdetto stesso in uno di accoglimento. Tutto ciò, beninteso, come si diceva, alla sola condizione che il criterio della tutela più “intensa” faccia pendere la bilancia sulla quale si dispongono i beni della vita meritevoli di ponderazione a beneficio della soluzione patrocinata dal giudice europeo; ciò che – com’è chiaro – richiede un accertamento bisognoso di essere fatto di volta in volta, in ragione delle peculiari esigenze di ciascun caso.

La notazione da ultimo svolta appare suscettibile di generalizzazione, portandosi oltre le pur peculiari vicende riguardanti i rapporti tra la Corte costituzionale e le Corti europee<sup>60</sup>. L’ultima spiaggia infatti alla quale gli operatori di diritto interno possono approdare al fine di discostarsi dagli indirizzi interpretativi di cui si fa portatrice la Corte di Strasburgo (e – come si è appena veduto – la stessa Corte di giustizia) è proprio il canone della tutela più “intensa”, il solo che possa spingersi persino oltre la “sostanza” della giurisprudenza europea che, in sé e per sé considerata, parrebbe essere categoricamente inderogabile.

Per altro verso, va tenuta nel dovuto conto la circostanza per cui le risposte in larga misura risentono del modo con cui sono formulate le relative domande<sup>61</sup>, come pure non senza significato è l’*auctoritas* di cui sono dotati i tribunali costituzionali (a dirla tutta, specie alcuni, i cui punti di vista sono tenuti in gran cale dalle Corti europee), un’*auctoritas* di cui i giudici comuni – piaccia o no – non dispongono in egual misura<sup>62</sup>. Non a caso, anche a questo dato ha fatto appello la numerosa dottrina dichiaratasi favorevole all’esercizio dello strumento del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale, al tempo in cui quest’ultima si era decisamente espressa in senso avverso. Ciò che avrebbe dato modo al punto di vista nazionale di essere rappresentato in forme tali da assicurarli la dovuta considerazione da parte del giudice eurounitario; ed è un

---

<sup>58</sup> Potrebbe, insomma, assistersi qui a qualcosa di analogo a ciò che si è talora verificato sul fronte dei rapporti col diritto dell’Unione, ogni qual volta in nome del principio del primato del diritto stesso si è fatto luogo a sostanziali manipolazioni di pronunzie del tribunale costituzionale (accenna a queste esperienze G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell’Unione*, Aracne, Roma 2011, 231 ss.). Ed allora, così come si è veduto a riguardo dei casi d’interpretazione conforme “forzata” e volta alla sostanziale applicazione diretta della CEDU, sarebbe forse meglio che la *primauté* della Convenzione stessa, specie nel suo farsi “diritto vivente”, venisse assicurata alla luce del sole, non già in modo surrettizio o, diciamo pure, fraudolento.

<sup>59</sup> Si assume ora che la riproduzione in parola non sia da considerare lecita; ciò che, tuttavia, è – come si sa – da non poca dottrina contestato, ora in via generale ed ora con riguardo a taluni casi (riferimenti in F. DAL CANTO, *La violazione del giudicato costituzionale da parte del legislatore: spunti ricostruttivi e novità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di A. Loiodice*, I, Cacucci, Bari 2012, 181 ss.). L’ipotesi ripresa nel testo, ad ogni buon conto, dispone di non poche conferme che – come si sa – sono ad essa venute dalla giurisprudenza costituzionale. Se non altro, perciò, in considerazione del “diritto vivente”, merita senz’altro di esser fatta.

<sup>60</sup> Com’è chiaro, il problema del superamento del divieto d’impugnazione delle decisioni della Corte costituzionale si pone altresì lungo il versante dei rapporti con la Corte di giustizia, laddove peraltro parrebbe ancora più agevolmente argomentabile in considerazione dell’attitudine del diritto eurounitario, in ciascuna delle sue manifestazioni (dunque, anche laddove prenda corpo attraverso le pronunzie della Corte di giustizia), ad esprimere una forza normativa “paracostituzionale”. È vero che il diritto sovranazionale appare soggetto – così perlomeno comunemente si pensa – all’osservanza dei “controlimiti”, tra i quali potrebbe annoverarsi il disposto di cui all’art. 137, ult. c., e in funzione della cui salvaguardia le decisioni della Corte costituzionale risultano disposte. Come si rammenterà, proprio in tal senso si è anni addietro dichiarato il Consiglio di Stato (Sez. V, n. 4207 del 2005), rifiutandosi di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia con l’argomento che, in ogni caso, una norma legislativa frutto di un’addizione operata dal giudice costituzionale non avrebbe potuto essere rimossa. A mia opinione, tuttavia, gli stessi “controlimiti” possono partecipare ad operazioni di bilanciamento – per dir così – “interordinamentale”, tanto più laddove le norme di origine esterna evocate in campo si dimostrino essere dotate della “copertura” offerta dagli artt. 2 e 3 della Carta, nel loro fare “sistema” coi principi fondamentali restanti, appunto perché idonee ad innalzare la tutela ai beni costituzionalmente protetti, ad offrirne una maggiormente “intensa” insomma (ragguagli a riguardo di siffatta, peculiare specie di bilanciamenti, possono, volendo, aversi dal mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2011).

<sup>61</sup> Assai istruttiva al riguardo è – come si sa – la giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità delle domande referendarie e delle questioni di legittimità costituzionale in genere.

<sup>62</sup> Manca invero uno studio che mostri, coi dovuti riferimenti, quanti siano i richiami fatti dalla giurisprudenza di questa o quella Corte europea agli indirizzi delle Corti costituzionali, in rapporto a quelli operati a beneficio della giurisprudenza comune. Certo è però, ad ogni buon conto, che i giudici costituzionali dispongono di una visibilità di cui non possono essere provvisti i giudici comuni, se non altro in ragione del loro numero e della loro diffusione nei territori degli Stati membri dell’Unione e, più ancora, degli Stati aderenti alla Convenzione.

vero peccato che il giudice costituzionale, pur dichiarandosi finalmente disposto ad utilizzare lo strumento in parola, vi abbia – come si è rammentato – fin qui fatto ricorso con estrema parsimonia.

**4. Segue: b) la spinta all'accentramento dei processi interpretativi in ambito interno a vantaggio delle Corti di ultima istanza (la qual cosa nondimeno non priva i giudici restanti delle formidabili risorse argomentative di cui dispongono per far valere il proprio punto di vista a beneficio dei diritti), la conferma venuta dalla più recente giurisprudenza del carattere tendenzialmente generale posseduto dalle decisioni della Corte di Strasburgo, la spinta che da esse può aversi per un adeguato riequilibrio in seno ai rapporti tra legislatore e giudici, al servizio dei diritti**

Ad ogni buon conto, è poi da vedere quale utilizzo in concreto si farà del nuovo strumento introdotto dal prot. 16. Qualora dovesse aversene un largo riscontro, il canale di “dialogo” privilegiato che verrà ad essere costruito e frequentemente percorso per impulso delle Corti nazionali, agevolerà – a me pare –, per un verso, il consolidamento della centralità di posto detenuto nel sistema “multilivello” di tutela dei diritti dalla Corte di Strasburgo e, per un altro, porterà ad un'ulteriore sottolineatura del ruolo delle Corti di ultima istanza in ambito nazionale. Tutto ciò, ad ogni buon conto, non dovrebbe offuscare il ruolo, non meno delicato e rilevante, dei giudici “inferiori”, i quali sono dotati di armi efficaci per far valere il proprio punto di vista, prima su tutte quella che consente loro di dar fondo alle non poche risorse argomentative di cui dispongono per spingere sempre più in alto o in avanti la tutela dei diritti, per renderla insomma maggiormente “intensa”: vuoi rifacendosi alle punte più avanzate della giurisprudenza europea e vuoi ancora patrocinando soluzioni originali, autenticamente innovative, idonee ad esprimere una forza non comune di trascinamento, vale a dire a convertirsi in un “diritto vivente” alla cui considerazione le stesse Corti supreme nazionali (e, dietro loro impulso, le Corti europee) non possano quindi restare insensibili. Il “diritto vivente” possiede infatti, per suo statuto, una forza persuasiva innegabile, assai elevata, pur potendo risultare non di rado posposto in nome della “interpretazione conforme a...”<sup>63</sup>.

Per altro verso, non si trascurino le opportunità di “dialogo” mediato che i giudici nazionali possono intrattenere con la Corte di Strasburgo, specificamente laddove si avvalgano in modo diffuso dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione evocando in campo norme della Carta di Nizza sostanzialmente riprodotte di norme della Convenzione<sup>64</sup>. Non poche volte, d'altronde, il quesito posto al giudice dell'Unione contiene espliciti richiami alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sollecitandosi il giudice stesso a dare conferma proprio di siffatta sostanziale corrispondenza di norme. Certo, l'interpretazione della Convenzione data a Lussemburgo non è, in tali casi, quella “autentica” che unicamente la Corte che è istituzionalmente garante della Convenzione stessa può dare; non è, nondimeno, senza significato che il dialogo tra le Corti europee riceva, in siffatti frangenti, proprio dal dialogo tra giudice nazionale e Corte dell'Unione la spinta per potersi affermare e portare a frutto. Dopo l'adesione dell'Unione alla CEDU, qualora finalmente riesca a giungere in porto, poi, le vicende alle quali si fa ora riferimento si aprono ad esiti imprevedibili, a motivo della consapevolezza nutrita dalla Corte di Lussemburgo che una sua risposta non soddisfattiva delle aspettative nutrite dalle parti ovvero dal giudice nazionale (e, a un tempo e dietro le quinte, dall'altra Corte europea) potrebbe mettere in moto processi di vario segno, ora destinati a concludersi in ambito interno ed ora, invece, a proiettarsi *extra moenia*, fino ad investire la stessa Corte di Strasburgo di una questione di “convenzionalità” non in modo congruo risolta<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Ne dà testimonianza una sempre più copiosa giurisprudenza costituzionale, dapprima – come si sa – orientatasi nel senso di assegnare pressoché esclusivo rilievo al “diritto vivente” e di poi invece indirzzatasi a dare prioritaria considerazione all'interpretazione conforme.

<sup>64</sup> A parti rovesciate, questa eventualità può essere presa in considerazione anche con riguardo alla Corte costituzionale, per il caso che dovesse risultare esclusa (ancorché, come si è veduto, ciò non sia consigliabile) dal novero dei giudici abilitati a far richiesta, ex prot. 16, di parere alla Corte europea. Il giudice delle leggi potrebbe infatti avvalersi dell'arma del rinvio pregiudiziale per sollecitare una risposta che contenga comunque riferimenti alla giurisprudenza di Strasburgo, dallo stesso giudice costituzionale evocati nell'atto di rinvio, esattamente così come si passa subito a dire a riguardo delle richieste provenienti dai giudici nazionali non di ultima istanza.

<sup>65</sup> Una diversa evenienza ancora è quella che potrebbe aversi qualora il giudice nazionale di ultima istanza dovesse decidere di avvalersi, a un tempo, del nuovo strumento messo a disposizione dal prot. 16 e della facoltà di rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione, nel presupposto, sopra fatto oggetto di rapido esame, della sostanziale corrispondenza tra il parametro convenzionale e quello eurounitario, magari facendo esplicito richiamo in ciascuna istanza dell'iniziativa adottata con l'altra. Nel qual caso, le Corti sarebbero naturalmente sollecitate a “dialogare” tra di loro, nei termini e con gli effetti sopra succintamente descritti. Certo è però che è altresì da mettere in conto l'ipotesi di una eventuale divergenza di orientamento delle Corti stesse che, per l'uno o per l'altro verso, finirebbe col mettere in croce il giudice nazionale obbligandolo ad una problematica opera di ricucitura interpretativa. Viene infatti, in tal

Sta di fatto che, nel caso che dovesse risultare acclarata quella sostanziale corrispondenza di norme, di cui si diceva, potrebbe assistersi ad un'applicazione diretta "mascherata" della Convenzione stessa, specificamente nel caso che le norme in discorso siano qualificate come *self-executing*<sup>66</sup>. Un'ipotesi che – come si vede – viene ad aggiungersi all'altra, dietro presa in esame (e ad altre ancora, alle quali si è già fatto richiamo<sup>67</sup>), in cui si ha conferma dell'attitudine della Convenzione, specie nel suo farsi "diritto vivente"<sup>68</sup>, ad essere portata ad immediata applicazione<sup>69</sup>. La qual cosa, poi, dà conferma di come possano darsi, fondamentalmente, due tipi diversi di diritti convenzionali: gli uni, in quanto veicolati dal diritto eurounitario che sostanzialmente li riproduca, provvisti di forza "paracostituzionale" e – come si è appena veduto – suscettibili, laddove riconosciuti da enunciati *self-executing*, d'immediata applicazione; gli altri, di contro, espressi da norme che, ad avviso della dottrina e della giurisprudenza corrente (un avviso, come qui pure non si è mancato di far notare, non condivisibile), sono giudicate sprovviste di rango costituzionale e non dotate dell'attitudine alla immediata applicazione<sup>70</sup>.

L'ipotesi sopra fatta, ad ogni buon conto, rende, per la sua parte, ulteriore e particolarmente attendibile testimonianza della vocazione delle sentenze della Corte di Strasburgo a proiettarsi oltre il caso e ad esprimere una efficacia tendenzialmente generale, addirittura – secondo certa giurisprudenza costituzionale<sup>71</sup> – "paranormativa" (o legislativa *tout court*), riducendosi pertanto in tal modo lo stacco comunemente in-

---

caso, a riproporsi la generale questione, sulla quale ci si è già in altre sedi (e sotto più aspetti) intrattenuti, relativa a chi spetti dire l'ultima parola in fatto di interpretazione degli enunciati normativi espressivi di diritti fondamentali: una questione, nondimeno, non risolvibile al piano formale-astratto e dalla prospettiva a questo congeniale bensì ad uno assiologico-sostanziale, trattandosi – come sempre – di stabilire dove si situi la tutela più "intensa" dei beni della vita in gioco, in ragione del caso.

<sup>66</sup> Questa eventualità è da alcuni decisamente negata, da altri altrettanto risolutamente ammessa (indicazioni, di recente, in T. GUARNIER, *I giudici italiani e l'applicazione diretta della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentratò di controllo di costituzionalità?*, cit., 137 ss.). Ancora una volta, però, a mia opinione, l'attitudine della Carta ad essere subito portata ad applicazione va verificata nei singoli casi. È, poi, ovvio che deve ricorrere la condizione per cui si versa in ambito materiale di competenza dell'Unione; questa eventualità, nondimeno, appare essere di sempre più frequente riscontro, a motivo della estensione degli ambiti stessi, specie *ope juris prudentiae* [con specifico riguardo agli usi concretamente fatti della Carta di Nizza-Strasburgo, v., tra gli altri, G. BRONZINI, *IL plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, cit., 111 ss. e, ora, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013, spec. 138 ss. e 142 ss. In argomento, di recente, le argomentate riserve di R. CONTI, *Il ruolo dei giudici nazionali e della Corte di Giustizia nell'applicazione e attuazione dei diritti fondamentali in Europa*, in *Quest. giust.*, 10 gennaio 2014. In giurisprudenza, con specifico riguardo agli effetti "orizzontali" della Carta, v., da ultimo, Corte giust., Grande Sez., 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT)*].

<sup>67</sup> V., nuovamente, i miei scritti dietro citt. in nt. 6.

<sup>68</sup> ... ma non solo, non potendosi escludere il caso che i giudici nazionali prospettino interpretazioni originali della Convenzione in campi materiali ancora non coltivati dalla giurisprudenza europea. Trattasi, invero, di un'ipotesi di sempre più remoto riscontro, in presenza di un materiale giurisprudenziale forgiato a Strasburgo ormai incontenibile per dimensioni e varietà di espressioni, che tuttavia – come si diceva – non può essere scartata in partenza.

<sup>69</sup> "Paradosale" appare agli occhi di una sensibile dottrina (E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, con la coll. di T. Giovannetti e N. Pignatelli, Giappichelli, Torino 2013, 246) la circostanza per cui la Corte costituzionale sarebbe impossibilitata a sindacare il diritto convenzionale "comunitarizzato". In realtà, questa eventualità non è – come si sa – del tutto preclusa, specificamente in relazione alla osservanza dei "controlimiti". D'altro canto, come si è fatto in altri luoghi notare, è strano che la dottrina corrente non abbia posto mente al fatto che gli enunciati convenzionali, a motivo dei loro contenuti e specialmente della trama strutturale particolarmente aperta che li connota, non possano verosimilmente che confrontarsi coi soli principi di base dell'ordinamento costituzionale; e, peraltro, come qui pure si è avuto modo di rilevare, neppure è da escludere che, in una data vicenda processuale (e, dunque, alla luce delle peculiari esigenze del caso), una norma convenzionale possa prevalere persino su un principio fondamentale (o su una norma "coperta" da questo), ove si dimostri maggiormente idonea a servire la Costituzione come "sistema", vale a dire – come si è venuti dicendo – a fissare ancora più in alto il punto di sintesi dei valori fondamentali in gioco.

<sup>70</sup> Di qui, poi, l'ulteriore conferma di una tesi nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui il regime giuridico non è – se ci si pensa – degli *atti ut sic* bensì delle loro *norme*, potendo variare col variare di queste, della loro struttura e del modo con cui si riportano, a un tempo, ai fatti oggetto di regolazione e ai valori, si fanno cioè cura degli interessi ai quali si riferiscono e danno appagamento alle pretese d'inveramento dei valori.

<sup>71</sup> Faccio qui, ancora una volta, richiamo a Corte cost. n. 150 del 2012, con la quale alcune questioni di legittimità costituzionale (segnatamente, in materia di procreazione eterologa) sono state rimandate ai giudici che le avevano sollevate per effetto del sopravvenire di una pronunzia della Corte di Strasburgo, giudicata pertanto idonea a portare ad una riconsiderazione della rilevanza delle questioni stesse: né più né meno – come si vede – di ciò che ordinariamente si ha in presenza di uno *ius superveniens* [tra i molti commenti alla decisione *de qua*, v. G. REPETTO, *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 25 giugno 2012; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 29 giugno 2012; pure *ivi*, A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, 19 luglio 2012; V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012; pure *ivi*, I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, e B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legisla-*



travisto rispetto alla condizione propria delle pronunzie della Corte dell'Unione<sup>72</sup>. A questa tendenza, peraltro, lo stesso prot. 16 potrebbe dare ulteriore, vigoroso incoraggiamento. Per quanto, infatti, la consulenza in base ad esso richiesta si indirizzi specificamente al giudice che ne abbia fatta domanda, è innegabile che essa si offra a tutti<sup>73</sup>: non solo ai giudici comuni dello stesso ordinamento di appartenenza del richiedente ma persino ai giudici di altri ordinamenti, e peraltro non ad essi soltanto. E, invero, lo stesso legislatore potrebbe risultare sollecitato ad attivarsi al fine di offrire il "seguito" ottimale al parere, il quale poi, per le medesime ragioni dietro enunciate, bene farebbe ad esibire una struttura duttile ed aperta, la stessa che – come si è veduto – sempre più di frequente dovrebbe connotare le sentenze dei giudici europei (e segnatamente, appunto, della Corte di Strasburgo)<sup>74</sup>. Dal suo canto, lo stesso legislatore bene farebbe a dotare le nuove discipline normative adottate a salvaguardia dei diritti (specie dei "nuovi", più direttamente riguardati dallo sviluppo scientifico e tecnologico) di una struttura essenziale, perlopiù fatta di statuizioni di principio, che quindi si rimetta per i suoi opportuni svolgimenti a quelle operazioni di bilanciamento in concreto che solo presso le sedi in cui si somministra giustizia, sia costituzionale che comune, possono convenientemente aversi.

Verrebbe in tal modo, in un sol colpo, conseguita una pluralità di scopi. In primo luogo, si offrirebbe al legislatore l'opportunità di recuperare al meglio (e fin dove possibile) il ruolo che gli compete, un ruolo dallo stesso legislatore svilito, specie nei campi di esperienza sui quali insistono i diritti fondamentali, nei quali perdurano ingiustificati ritardi e vistose carenze<sup>75</sup>. In secondo luogo, si porrebbe un argine alla innaturale (e non di rado esasperata) supplenza cui i giudici si trovano costretti dovendo ad ogni buon conto dare una risposta di giustizia a chi gliela chiede, allo stesso tempo nondimeno restando dotati di un campo largo entro il quale muoversi e ricercare le soluzioni maggiormente adeguate ai casi<sup>76</sup>. In terzo luogo, si doterebbe la Corte di Strasburgo (e, di rimbalzo, la stessa Corte di giustizia, che – come si è rammentato – alla giurisprudenza dell'altra Corte europea presta costante attenzione) di punti di riferimento maggiormente solidi ed attendibili<sup>77</sup>, specie in sede di riconoscimento del consenso diffuso tra gli Stati aderenti alla Convenzione e di ricostruzione delle "tradizioni costituzionali comuni" in fatto di salvaguardia dei diritti<sup>78</sup>.

In un contesto segnato da numerose e gravi tensioni, non rimosse contraddizioni, aspirazioni diffuse ed intensamente avvertite, quanto però non di rado inappagate o insufficientemente appagate, la conciliazione e riduzione ad una sintesi assiologica complessivamente gratificante richiedono – a me pare – pron-

---

*tore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Inoltre, R. ROMBOLI, Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza sulla riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa, in [Consulta Online](#), 26 febbraio 2013 e, pure *ivi*, S. AGOSTA, La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente), 23 luglio 2012, nonché, volendo, anche il mio *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, 12 giugno 2012; R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, cit., 253 ss.]*

<sup>72</sup> È questa una tra le più attendibili spie della tendenza in atto che vede il giudice di Strasburgo viepiù connotarsi quale Corte "paracostituzionale" (su di che, ancora da ultimo, acuti rilievi in O. POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, relaz. al Convegno su *Internet e Costituzione*, Pisa 21-22 novembre 2013, in *paper*, ma v. pure, utilmente, tra gli altri e di recente, D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 63 e 143, e B. RANDAZZO, che ha dato ad una sua recente ed organica riflessione sul tema un titolo assai indicativo: *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit. Merita poi di essere ricordato che uno dei più profondi conoscitori delle esperienze della giustizia costituzionale si è, da ultimo, indotto, proprio per effetto del mutato contesto e del rilievo in esso acquisito dalla giurisprudenza delle Corti europee, a dare un nuovo titolo ad una sua nota opera, interrogandosi, nel presentarla, se essa costituisca una edizione aggiornata delle precedenti ovvero un'opera del tutto nuova: v., dunque, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012).

<sup>73</sup> Ci ha di recente opportunamente rammentato D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 146, che "se è vero che la Corte giudica *in primis* sul caso concreto, è altrettanto vero che la decisione che prende in merito *parla* potenzialmente a tutti i quarantasette ordinamenti contraenti" (testuali i c.vi). E così non potrà che essere altresì per i futuri pareri.

<sup>74</sup> Tanto più se si considera che i pareri dovrebbero aver ad oggetto unicamente "questioni di principio" e di "principio" pertanto dovrebbe essere la relativa soluzione.

<sup>75</sup> ... ancora da ultimo rilevati, peraltro in via meramente esemplificativa, nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013*, illustrata il 24 gennaio 2014 dal Presidente della Corte di Cassazione G. SANTACROCE.

<sup>76</sup> Maggiori ragguagli sul punto, che ho avuto più volte modo di toccare nelle mie riflessioni in tema di rapporti tra le Corti e di queste col legislatore, possono aversi dal mio *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, cit.

<sup>77</sup> Così, sempre che le discipline legislative risultino ben fatte e non offrano dunque un'immagine di sé confusa o, peggio, contraddittoria, come invece purtroppo non di rado si ha.

<sup>78</sup> È chiaro che le leggi comuni non possono, in alcun caso o modo, fregiarsi del titolo di atti d'interpretazione autentica del dettato costituzionale, il solo punto fermo al quale far riferimento in ordine al positivo riconoscimento dei diritti fondamentali; ma è parimenti chiaro (e non occorre, a sua riprova, richiamare qui la teoria circolare, di rossiana memoria, dell'interpretazione) che alle leggi stesse, specie laddove si dispongano a dare la *prima, diretta ed immediata* attuazione della Carta costituzionale, debba esser assegnato uno speciale rilievo in sede di ricostruzione delle "tradizioni" proprie del singolo ordinamento statale.

tezza ed agilità degli interventi, da qualunque operatore posti in essere (giudici, legislatori, amministratori) ed a qualunque livello istituzionale o ambito materiale di esperienza svolti, con un moto spontaneo volto alla convergenza degli interventi stessi ma pure, laddove richiesto dalle circostanze e pur sempre entro i limiti di sistema, alla loro moderata, costantemente attenta ai bisogni della gente, diversificazione.