

Rivista N°: 1/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 02/02/2017

AUTORE: Vincenzo Sciarabba*

LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLA COSTITUZIONE, NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E NELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UE**

Sommario: 1. Introduzione: ricominciamo da zero? – 2.1. Vecchi quesiti e nuove risposte: ci sono diritti fondamentali fuori dalla Costituzione? – 2.2. Il ruolo dell'articolo 117, primo comma, Cost. – 2.3. Il ruolo dell'articolo 11 Cost. – 3. Le trasformazioni avutesi all'interno del sistema della CEDU per effetto di modifiche normative. – 4. Le trasformazioni avutesi nel sistema della CEDU ad opera della giurisprudenza della Corte europea e della prassi del Comitato dei ministri. – 5. Un paio di riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015. – 6.1. Il ruolo della Carta dei diritti fondamentali. – 6.2. (Segue) Presupposti e limiti dell'applicazione diretta della Carta. – 6.3. (Segue) Le prevedibili ricadute sul sistema di giustizia costituzionale nazionale. – 7. Prospettive di possibile assestamento del complessivo sistema. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione: ricominciamo da zero?

Le prime domande che il titolo di questa relazione mi ha spinto a pormi, dovendo decidere come selezionare gli argomenti da trattare e come impostare la trattazione, si ricollegano all'espressione "diritti fondamentali".

* Abilitato alle funzioni di Professore associato in Diritto costituzionale e in Diritto pubblico comparato.

** Versione rivista e ampliata della relazione introduttiva allo "Stage di Diritto Europeo" - Formazione iniziale dei M.O.T. nominati con D.M. 10 dicembre 2015 e D.M.18 gennaio 2016, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura (Roma, Corte d'Appello, 27-29 luglio 2016).

L'iniziale finalità e destinazione del lavoro hanno lasciato traccia nella relativa esiguità di riferimenti bibliografici (in parte colmata in sede di revisione) e, per altro verso, nella presenza di un certo numero di "autocitazioni", in funzione di "rinvio deflattivo" con riguardo a tematiche già affrontate in passato.

Ci si scusa infine se, avendo trascorso un periodo di intenso lavoro e ricerca a Bruxelles e Strasburgo (senza quindi la possibilità di effettuare, per diversi mesi, il consueto spoglio periodico delle riviste in biblioteche universitarie italiane), dovesse essere sfuggito, nonostante i ripetuti controlli, qualche rilevante contributo pubblicato in Italia sui temi della relazione (specialmente nel 2015 su riviste cartacee non tempestivamente diffuse all'estero e non dotate di una versione elettronica consultabile nelle principali banche date *on line*).

Si tratta, è vero, di un'espressione di uso comune e diffusissimo negli ultimi anni, che io stesso ho inserito nel titolo di molti miei lavori (spesso privilegiando l'endiadi "diritti e principi" fondamentali, per ragioni su cui qui non occorre spendere molte parole¹).

¹ In sostanza, alla base dell'uso di questo binomio, appunto a mo' di "endiadi", vi era la volontà di evitare ogni azzardato e potenzialmente fuorviante tentativo di rigida separazione dell'area semantica dei due termini, ritenendosi molto problematica l'idea, talora emersa anche a livello normativo con discutibilissime implicazioni (cfr. in particolare l'art. 52 par. 5 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, su cui si tornerà oltre), di contrapporre, in via "esclusiva" e totalizzante (nel duplice senso di ricondurre ad *uno e uno solo* dei due termini *qualunque* situazione normativa), diritti e principi.

In effetti, come ci insegna (oltre alla comparazione e alla storia giuridica, ad iniziare se non altro dal diritto romano) anche la ormai pluridecennale, amplissima e consolidata giurisprudenza, costituzionale e comune, relativa alla prima parte della nostra Costituzione e ai suoi principi fondamentali (e poi anche le giurisprudenze delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo relative rispettivamente alla CEDU, ai trattati e ai principi generali del diritto comunitario, e, da ultimo, alla Carta dei diritti fondamentali), la "realtà" delle posizioni giuridiche e più in generale delle "situazioni normative" (in qualche senso e in qualche modo) di vantaggio nel diritto pubblico, ma anche in quello privato, non risulta facilmente riconducibile, in termini binari, a due sole categorie. Essa presenta piuttosto una molteplicità di aspetti e sfumature che, se potrebbero forse permettere dei tentativi (almeno in sede teorica) di "graduazione" delle posizioni giuridiche lungo un'ideale scala di prescrittività e/o di "giustiziabilità" (di "densità normativa" ragionano C. Grewe e H. Ruiz, *Droits constitutionnels européens*, Paris, 1995, p. 159 ss.), sembrano invece escludere simili forme di artificioso "bipolarismo" – anzi, se ci si vuol spingere oltre nella metafora, addirittura "bipartitismo" – delle situazioni normative.

Considerata la stretta attinenza con l'oggetto di questa relazione e con alcuni cenni che si sono fatti e che si svilupperanno più avanti, un richiamo particolare merita, nella linea delle riflessioni qui sommariamente svolte, l'attuale art. 6, par. 3, del Trattato UE, secondo cui «*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*». Rinviando per il resto alla successiva trattazione e soprattutto a scritti precedenti, si può qui ricordare, se mai ce ne fosse bisogno, che in questa disposizione normativa l'uso della categoria dei (e lo stesso "meccanismo d'intermediazione" ruotante intorno ai) «principi» non ha niente a che vedere con i già menzionati tentativi di utilizzo della medesima nozione (o meglio del medesimo termine) in senso riduttivo – e quasi "repressivo" – nella versione "ritoccata" dell'art. 52 della Carta di Nizza, ricollegandosi invece l'art. 6, par. 3, del TUE, con la massima evidenza, alla precedente, e tutt'altro che "riduttiva", elaborazione giurisprudenziale comunitaria in tema, appunto, di diritti e principi...

In riferimento a tale elaborazione, anzi, si può riproporre un'ultima notazione, che dovrebbe anche valere a render meglio conto della tendenziale sfuggevolezza della distinzione tra diritti e principi. Alla stregua di quella nota giurisprudenza della Corte di giustizia (che per schematici cenni di sintesi si richiamerà comunque in seguito, e che è stata in qualche modo "consolidata" appunto nell'art. 6 del TUE, nelle leggermente diverse versioni che si sono susseguite a partire dal 1992), «*la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi generali*» di cui la Corte di giustizia «*garantisce l'osservanza*» (Sentenza del 17 dicembre 1970, caso 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*). La *tutela dei diritti* costituisce cioè essa stessa (semplificando) *un principio* generale (così ad esempio in una sentenza del Tribunale di Bruxelles del 20 febbraio 2001, causa T-112/98, al punto 77 si legge testualmente che «*il diritto comunitario riconosce il principio fondamentale del rispetto dei diritti della difesa e quello del diritto a un processo equo*»...). E però, ecco il punto per noi più interessante, l'aspirazione dei singoli al *rispetto di tale principio* generale (e dei singoli "principi" in cui esso si dipana) appare a sua volta configurabile senza troppi

Ma, a ben vedere, l'espressione è ancora avvolta da un manto di vaghezza e ambiguità, tanto sul piano teorico quanto nelle sue implicazioni pratiche, al punto che proprio quest'anno, poche settimane fa, un'importante associazione di costituzionalisti, il "gruppo di Pisa", ha deciso di dedicare il proprio convegno annuale al tema "Cos'è un diritto fondamentale?".

Come a dire... ricominciamo da zero²!

E allora trarrei spunto da alcune relazioni presentate al citato convegno per svolgere rapidamente qualche osservazione di carattere generale che però ci porterà "a bomba" su una serie di questioni ben più specifiche e strettamente legate all'oggetto, o meglio agli oggetti, di questa relazione.

Non serve dilungarci sulla differenza tra la nozione di "diritti fondamentali" e quella di "diritti umani", essendo sufficiente ricordare come, in linea di massima, «i primi si configurano come esito ultimo di un processo storico di positivizzazione dei secondi», e come sia «indubitato che i diritti fondamentali rappresentino la proiezione e lo sviluppo in chiave giuridico-positiva degli originari diritti di natura, dotati di una valenza pre- o meta positiva, in ogni caso esterna al contesto formale dell'ordinamento giuridico»³.

E non a caso, del resto, mentre a tutt'oggi, come è stato osservato, gli studiosi di diritto internazionale parlano generalmente di "diritti umani", «in quanto diritti per così dire senza ordinamento, fondati sulla dimensione consensuale e in taluni casi etico-morale», gli studiosi di diritto costituzionale (e non solo) preferiscono il nomen diritti fondamentali, «in quanto diritti che trovano fondamento e sostanza all'interno di un ordinamento di riferimento»: in termini ancor più stringenti – si è detto – «è fondamentale quello che hic et nunc è trattato come tale, come tale reso operante all'interno della società, nelle relazioni tra individui e pubblici poteri, e tra soggetti in senso orizzontale»⁴.

problemi come *un diritto*, essendo fruttuosamente invocabile in sede giurisdizionale da parte di qualsiasi interessato: sicché tutta la ricordata complicazione (o, se si vuole, superfetazione) finisce – in ragione di questa sorta di "circolarità" logico-semantica che si è cercato di illustrare, sia pure in estrema sintesi – per risultare più che altro terminologica (o se si vuole, forse, "dogmatica"), risultando essenzialmente funzionale (come del resto è noto) per un verso a superare le originarie lacune del sistema comunitario e, per l'altro, a garantire un certo "margine di manovra" alla Corte di giustizia nell'individuazione, nella ricostruzione e nel bilanciamento dei vari principi/diritti deriva(n)ti dalla CEDU e/o dall'altra (già a monte più "fluida") "fonte di ispirazione" del giudice di Lussemburgo, cioè le tradizioni costituzionali comuni.

² Verrebbe ora da dire, ricordando un bel film di Massimo Troisi e giocando sul titolo di questa relazione, "ricominciamo da tre"... Ma è chiaro che l'allusiva battuta implicherebbe già delle risposte e delle premature prese di posizione nel merito... (perciò sembra opportuno confinarla in una nota).

³ Così V. Baldini, *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, relazione introduttiva al Convegno annuale "Gruppo di Pisa" 2016, sul tema "Cos'è un diritto fondamentale?" (Cassino, 10-11 giugno 2016), reperibile in www.gruppodipisa.it.

⁴ Versione provvisoria della relazione di E. Stradella, *I diritti fondamentali nelle Corti*, al Convegno annuale "Gruppo di Pisa" 2016, sul tema "Cos'è un diritto fondamentale?" (Cassino, 10-11 giugno 2016), reperibile in www.gruppodipisa.it.

Su queste premesse, si è allora giustamente osservato che «[p]er qualificare i diritti fondamentali [può essere] rilevante studiare gli ordinamenti attraverso alcuni indicatori che [siano in grado di] descrivere le caratteristiche della fundamentalità all'interno del sistema e [che possano] consentire l'individuazione, in ogni ordinamento, dei diritti ai quali effettivamente esso attribuisce tale "forza"»⁵. A tal fine sono stati proposti, in particolare, cinque indicatori: 1) il riconoscimento espresso o implicito del diritto; 2) la topologia del diritto; 3) le forme di giustiziabilità del diritto (enucleandosi all'interno di questo indicatore quello relativo alle modalità di accesso alle Corti); 4) le tecniche di individuazione del contenuto essenziale del diritto (sia attraverso la costruzione di "limiti ai limiti", sia attraverso la geometria variabile della titolarità del diritto stesso); 5) il rapporto con la revisione costituzionale⁶.

Si tratta chiaramente di un elenco non esaustivo, e, per altro verso, si è precisato che tali indicatori «possono essere considerati ad un contempo causa ed effetto di fundamentalità: nel senso che in alcuni casi la fundamentalità del diritto deriva dalle modalità con le quali l'indicatore si sviluppa nell'ordinamento, in altri è la natura fondamentale del diritto ad implicare un certo atteggiarsi dell'elemento/istituto indicatore all'interno dell'ordinamento»⁷.

Ora, dati questi cinque indicatori e dati i tre ordinamenti cui fa riferimento il titolo della relazione affidatami, ho inizialmente pensato che sarebbe stato interessante provare a "svolgere il tema" in modo completo ed esauriente, e in effetti la tentazione di provarci l'ho avuta. Ma poi mi sono reso conto, che, anzitutto, cinque per tre fa quindici, e già non è poco... inoltre le questioni, come si sa, finiscono sempre per complicarsi... e allora, per ragioni anzitutto di tempo, ho rinunciato almeno per il momento ad avventurarmi in questo esperimento analitico e ho preferito limitarmi a trarre da questa comunque molto interessante impostazione solo qualche spunto di maggior rilievo ai nostri fini.

In una logica simile, altri hanno sottilmente notato come sia possibile abbozzare una definizione di diritti fondamentali che proprio dall'aggancio con il nostro diritto positivo costituzionale tragga concretezza, senza perdere la propria valenza generale: mi riferisco, in particolare, alla felice intuizione di Antonio Ruggeri secondo cui i "diritti fondamentali" potrebbero definirsi (avendo a mente soprattutto gli articoli 2, 3 e 36 della nostra Costituzione) come quei "bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento e l'effettiva tutela non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa" (A. Ruggeri, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su Che cos'è un diritto fondamentale?, Cassino 10-11 giugno 2016, in www.gruppodipisa.it).

⁵ E. Stradella, *I diritti fondamentali nelle Corti*, cit.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*. L'esempio proposto, calzante anche ai nostri fini, è quello della giustiziabilità, in particolare sotto il profilo della modalità di accesso: «se l'esistenza di canali di accesso diretto è sintomo, negli ordinamenti che la prevedono, del carattere fondamentale del diritto per il quale sono previsti, la stessa fundamentalità del diritto determina l'esigenza di garantire un certo tipo di giustiziabilità. Questo non significa, seguendo l'esemplificazione, che l'assenza di accesso diretto all'interno di un ordinamento comporti l'assenza di diritti qualificabili come fondamentali, in presenza di forme alternative in grado in ogni caso di garantire la giustiziabilità, poiché ogni indicatore deve essere valutato ordinamento per ordinamento alla luce delle caratteristiche del sistema nel suo complesso»

2.1. Vecchi quesiti e nuove risposte: ci sono diritti fondamentali fuori dalla Costituzione?

In particolare mi sono reso conto che già il primo indicatore (quello relativo al riconoscimento, espresso o anche implicito, del diritto) risulta per noi di particolare interesse in quanto ci induce a riaffrontare, in chiave attuale e orientata agli sviluppi sopranazionali, un vecchio e direi forse logoro quesito, che fino a pochi anni fa era oggetto di risposta quasi unanime in senso *negativo*: “Esistono diritti che non hanno domicilio costituzionale ma sono fondamentali?”.

Il quesito – che alcuni troveranno quasi stucchevole (considerando scontata invece, oggi, la risposta positiva) – è a mio avviso molto pertinente e calzante proprio perché rappresenta una ottima “chiave di accesso” per accostarsi e per dare un certo ordine⁸ praticamente a tutte le questioni di cui dobbiamo occuparci.

Iniziamo allora col ricordare come la Corte costituzionale, per esempio in una nota sentenza del 1979, avesse affermato in termini netti che «*non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano [esplicitamente previsti dalla Costituzione o almeno] necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti*» (sent. n. 98/1979, corsivi ovviamente aggiunti)⁹.

Ben diversa rispetto a questa impostazione è la prospettiva di altri ordinamenti costituzionali, quale ad esempio quello tedesco – dove l’art. 2 della Legge fondamentale¹⁰ è stato considerato «una disposizione “a fattispecie aperta” dalla quale il giudice costituzionale tedesco ha non di rado desunto strumenti di protezione di posizioni soggettive non esplicitamente contemplate dalla Legge fondamentale»¹¹, consentendo lo sviluppo di “nuovi diritti”, dotati di una propria autonomia e ricondotti alla categoria delle “libertà innominate” (*unbenannte Frei-*

⁸ O se vogliamo... “un certo disordine” (piuttosto che un “disordine qualunque”, privo di logica).

⁹ Merita di essere ricordato che, come è stato giustamente notato, questa ricostruzione non è in contraddizione con, e non è stata superata dalla, teoria della c.d. “massima espansione” delle libertà e dei diritti fondamentali, dal momento che «la regola, la cui originaria formulazione si deve a Paolo Barile, di generale preferenza verso un’interpretazione estensiva della libertà e dei diritti sanciti dalla Costituzione, è [...] spesso riconnessa ad un’interpretazione chiusa, e non aperta, della fattispecie di cui all’art 2 Cost., e servirebbe non [...] ad ampliare il novero dei diritti [...] bensì a favorire l’espansione dei diritti espressamente individuati nel testo costituzionale fino ai contenuti da questi necessariamente conseguenti: la fundamentalità, dunque, sarebbe e starebbe nei confini della Parte I della Costituzione», anche nel quadro di tale più innovativa teoria (cfr. E. Stradella, *op. cit.*, dove, toccando un profilo tecnico più specifico e di nostro diretto interesse, si osserva anche come «gli stessi articoli 53 della Cedu e della Carta di Nizza [...] non farebbero che confermare un criterio estensivo che, comunque, si dipanerebbe verticalmente, vale a dire nella profondità del contenuto del diritto fondamentale, ma non orizzontalmente, nella generazione, a partire dal diritto, di altri diritti»).

¹⁰ Nella parte in cui stabilisce che «ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l’ordinamento costituzionale o la legge morale».

¹¹ G. Parodi, *Germania e Austria*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, Laterza, 2009, p. 196 ss.

heitsrechte) – o anche quello spagnolo, nel quale, con una soluzione di particolare interesse dal nostro punto di vista, l' "articolo pòrtico", cioè l'art. 10 – autoconferendosi, come è stato notato, un valore supercostituzionale – prevede che le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce siano interpretate in conformità con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e con le altre norme di derivazione internazionale ratificate dalla Spagna: anche in questa disposizione si è comunemente vista una «apertura della fattispecie», che «guarda in particolare all'elaborazione operata a livello internazionale»¹².

2.2. Il ruolo dell'articolo 117, primo comma, Cost.

Ma a questo punto si potrebbe pensare, e molti avranno già pensato, che anche nella Costituzione italiana è (oggi) presente una disposizione (quella dell'articolo 117, primo comma) che richiama gli obblighi internazionali: in questo caso addirittura in funzione non di *riferimento interpretativo* delle norme in tema di diritti, bensì, in modo più generale, lineare e almeno per certi aspetti più "forte", come *vincolo per il legislatore!*

E ho precisato "per certi aspetti" più forte perché, sotto altri aspetti, l'assenza, nella nostra Costituzione, di una disposizione simile a quella dell'art. 10 della Costituzione spagnola può rappresentare un motivo di debolezza, o quantomeno di chiusura del nostro ordinamento. E vedremo come, soprattutto con riferimento alla CEDU, sia oggi di grande importanza e attualità la specifica questione tecnica alla quale sto alludendo, e cioè quella della doverosità o meno di una "interpretazione *convenzionalmente* orientata *delle stesse norme costituzionali*" ... tanto più in ragione del fatto che invece (e si tratta chiaramente di un punto di immediato rilievo anche ai fini pratici) la Corte costituzionale è stata esplicita e molto netta nell'affermare, nella sentenza n. 49 del 2015, la necessità di una "interpretazione *costituzionalmente* orientata *della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo*", da ricercare e da adottare ogni qualvolta ciò non sia impedito dalla esistenza di una "giurisprudenza consolidata" della Corte EDU, ossia di un "diritto vivente"¹³ generato da tale Corte, tale da imporre una determinata interpretazione delle disposizioni della Convenzione, e quindi tale da azzerare quel margine interpretativo che però i giudici nazionali – ci dice ora la Corte costituzionale – hanno altrimenti (fatta salva, cioè, l'ipotesi appena indicata) il potere e il dovere di utilizzare¹⁴!

Circostanza, quest'ultima, che non emergeva in termini così chiari dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, oggettivamente più "scarne" nell'affermare il vincolo di allineamento alla giurisprudenza di Strasburgo. Ma che nemmeno, vorrei sottolineare, era esclusa da

¹² E. Stradella, *op. cit.*

¹³ L'accostamento (pur potenzialmente fuorviante) tra la nozione di giurisprudenza consolidata e quella di diritto vivente è per così dire "istintivo" ed è diffuso in dottrina. La questione meriterebbe alcune precisazioni e riflessioni che tuttavia, in questa sede, possono essere omesse per brevità.

¹⁴ Su tutta questa problematica, evidentemente di grande importanza, si tornerà in modo più ampio e lineare in seguito.

quelle sentenze, ed anzi, a ben vedere, si poteva già allora sostenere (e personalmente si era tentato di sostenere, almeno entro certi termini) sulla base di una attenta contestualizzazione delle relative affermazioni all'interno del quadro della precedente e coeva giurisprudenza costituzionale in tema di interpretazione conforme¹⁵.

Ma riprendiamo il filo del discorso e torniamo al ruolo dell'articolo 117 nel rispondere al quesito circa l'esistenza di diritti fondamentali al di fuori della Costituzione.

Salve le precisazioni di cui sopra, mi sembra giustissimo (e oggi anzi quasi scontato, perfino banale) affermare che questo articolo, e la giurisprudenza costituzionale che intorno ad esso si è formata a partire dal 2007, hanno svolto un ruolo importantissimo, seppur non esclusivo, nella trasformazione del nostro ordinamento e, precipuamente, nel nostro modo di porci, di rispondere e conseguentemente di operare a fronte anzitutto del "quesito base" "*ci sono diritti fondamentali fuori dalla Costituzione?*" (quesito non solo teorico ma evidentemente anche pratico, dal momento che esso può porsi e quotidianamente si pone, con variegate implicazioni, nell'ambito dell'attività giudiziaria).

E poi anche a fronte di tutti quei *quesiti ulteriori* che, a grappolo, discendono dal primo, quali corollari della risposta positiva al "quesito base". Giacché, una volta assodato (e credo che a questo punto possiamo dare per assodato) che diritti fondamentali ulteriori rispetto a quelli costituzionali vi sono, bisognerà porci almeno le seguenti domande: quali sono questi altri diritti fondamentali? Dove li troviamo? Come li dobbiamo interpretare ed applicare? In cosa consiste la loro "fondamentalità" e, concretamente, quali implicazioni "operative" da essa conseguono in riferimento alla quotidiana attività di magistrati e, in genere, operatori giuridici?

A tutte queste domande risponde appunto, almeno in larga parte, la giurisprudenza costituzionale – ormai decine di sentenze, molte delle quali imprescindibili – relativa all'articolo 117, c. 1, della Costituzione: giurisprudenza almeno in parte ben nota, e tuttavia in continua evoluzione e non sempre correttamente intesa e applicata.

Volendo qui richiamare, nella maniera più sintetica, il nocciolo di tale giurisprudenza (così da poterci poi soffermare su alcune questioni più puntuali, di maggior attualità e rilievo pratico), potremmo tuttora dire che essa si articola in una statuizione per così dire "principale" ed alcune affermazioni in qualche modo "accessorie" (c'è chi ha detto anche "contingenti"), ma non meno importanti.

¹⁵ Per ulteriori dettagli circa questo (già allora) possibile tentativo di valorizzazione del margine di azione dei giudici comuni, in particolare allo scopo di preservarne il potere-dovere di interpretazione costituzionalmente conforme (in linea appunto con il noto orientamento giurisprudenziale sviluppato dalla Corte a partire dagli anni novanta e, per altro verso, tenendo in considerazione le innovative statuizioni contenute nelle "sentenze gemelle" e più in generale le implicazioni della modifica dell'articolo 117 della Costituzione), si rinvia alle riflessioni – forse oggi di rinnovata attualità – brevemente svolte nel punto 6 del commento alle sentenze nn. 348 e 349 *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, V, pp. 3579-3591, nonché nel vecchio sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (ora all'indirizzo <http://archivio.rivistaaic.it/giurisprudenza/decisioni2/autori/sciarabba.html>).

La (duplice) statuizione principale – che rappresenta innegabilmente l'elemento più rilevante a livello generale, sul piano cioè del sistema formale delle fonti e delle conseguenti posizioni e incombenze dei diversi attori istituzionali – è ovviamente quella relativa alla *funzione “parametrica” degli obblighi internazionali richiamati dall’art. 117*, cui si accompagna (per quanto qui più interessa) la *individuazione in tale norma dell’attuale fondamento costituzionale della CEDU*.

Esplicita affermazione, quindi, della sostanziale subordinazione della legge *ai vincoli internazionali*, secondo lo schema del *parametro interposto*, col corollario del potere-dovere dei giudici di “impugnare” – e della Corte di “annullare” – le disposizioni (o anche solo le “norme”) che non rispettino i vincoli medesimi.

Quanto alle affermazioni “accessorie”, dobbiamo ricordare quantomeno:

a) quelle relative al rilievo attribuito alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (in qualche modo avvicinabile o almeno comparabile al rilievo già riconosciuto, pur se per motivi, con modalità ed implicazioni diverse, alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo);

b) quelle che affermano in termini netti la subordinazione di *tutti* gli obblighi internazionali pattizi (dunque anche quelli “convenzionali”) alla Costituzione *tutta* (senza quella differenziazione adottata, in particolare, per il diritto comunitario);

c) quelle, infine, relative all’obbligo, fatto gravare (anche) sul giudice comune e più volte rimarcato, di interpretazione *della legge* in conformità alla CEDU (come interpretata dalla Corte europea).

Come è diffusamente (ma non sempre compiutamente) noto, su ciascuno di questi tre punti, ulteriori precisazioni e progressivi “aggiustamenti di tiro” si sono avuti nella giurisprudenza degli anni successivi: ricordo, in via meramente esemplificativa, le sentenze nn. 239, 311 e 317 del 2009, le nn. 80, 113, 236 e 303 del 2011, le nn. 230 e 264 del 2012, le nn. 170 e 210 del 2013 e la già citata sentenza n. 49 del 2015, seguita, sulla stessa linea, dalla n. 200 del 2016; ma, per non perdermi adesso su questo tortuoso percorso, per il momento mi fermo qui, riservandomi di tornare più avanti, come già anticipato, su alcune questioni particolari e di grande importanza, soprattutto in riferimento alla sentenza n. 49 del 2015.

2.3. Il ruolo dell’articolo 11 Cost.

A questo punto, del resto, qualcuno, magari sollecitato anche dall’accento che appositamente avevo fatto poc’anzi al ruolo “non esclusivo” dell’articolo 117 con riguardo ai nostri quesiti sui diritti fondamentali, starà aspettando che ponga rimedio al troppo prolungato silenzio su altri pertinenti articoli della Costituzione: non tanto sull’articolo 2 e sulla natura del “rinvio” ivi contenuto (questione vecchia, ampiamente affrontata e per certi versi ormai steri-

le, in sé e per sé), quanto piuttosto sull'articolo 10 primo comma (relativamente al ruolo delle norme internazionali generalmente riconosciute)¹⁶ e, soprattutto, sull'articolo 11.

¹⁶ Su questo specifico profilo si sorvola nel testo (anche per non dare l'impressione di "andare fuori tema" rispetto al titolo della relazione). Ma, almeno in nota, non si può fare a meno di notare come, giurisprudenza costituzionale alla mano, almeno con riguardo alla CEDU (o meglio ad alcune delle norme in essa contenute) il riferimento all'articolo 10 primo comma non sarebbe affatto ultroneo. Ricordo in particolare un interessante passaggio della sentenza n. 311 del 2009 (ma si potrebbe richiamare anche, se non altro, la precedente sentenza 306 del 2008) in cui la Corte ha affermato che «quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune [...] deve sollevare la questione di costituzionalità [...] con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta» (corsivi aggiunti).

E, come si era avuto occasione di osservare a suo tempo (nella relazione introduttiva – sul tema "Rapporti tra ordinamento interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo" – al "Seminario di studio ad inviti sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2009" organizzato da Valerio Onida e Barbara Randazzo presso l'Università degli Studi di Milano il 1 febbraio 2010), notevoli sono le potenziali implicazioni – nell'ottica sia dei giudici comuni sia dei giudizi presso la Corte – dell'affermata possibilità di ricondurre all'art 10 primo comma, in quanto corrispondenti a norme internazionali generalmente riconosciute, talune delle norme contenute della CEDU.

Può ricordarsi tra l'altro la circostanza che, a differenza delle norme "esclusivamente pattizie" richiamate dall'art. 117, primo comma, le norme "coperte" (anche) dall'art. 10 primo comma non dovrebbero ritenersi subordinate alla Costituzione tutta ma ai soli "principi supremi" (cfr. sent. n. 48 del 1979); e, per altro verso (ed a maggior ragione), sarebbero destinate a prevalere (non solo sulle leggi ordinarie e sulle norme costituzionali non espressive di principi supremi, ma anche) sulle norme, prive di una simile "copertura" in virtù dell'art. 10, contenute in altri trattati internazionali, in qualunque momento stipulati e ratificati. Ancora, potrebbe notarsi come il "ruolo eminente" della Corte di Strasburgo sia stato riconosciuto dalla Corte costituzionale con riguardo all'interpretazione delle norme della Convenzione per così dire *in quanto tali*, sicché la riconduzione di taluni precetti convenzionali ad un orizzonte giuridico più ampio potrebbe al limite, con opportuni accorgimenti argomentativi, giustificare – magari in combinazione con qualcuno degli altri "espedienti" messi a punto nel corso del tempo al medesimo scopo – operazioni di "smarcamento" dalla giurisprudenza di Strasburgo... (altra questione poi è se tale possibilità sia una cosa positiva oppure no, sia su un piano teorico sia avendo riguardo, in modo complessivo, agli esiti concreti che ne discenderebbero nel nostro contesto).

Senza proseguire in ragionamenti di sapore più o meno astratto, ci si può qui limitare a considerare come potrebbe risultare in questo caso miope l'adozione di un approccio aprioristicamente riduttivo (seppur rigoroso e in sé ineccepibile), ispirato in sostanza ad un argomento analogo a quello che Alessandro Pace aveva a suo tempo utilizzato, prima della sua entrata in vigore, con riguardo alla Carta di Nizza ed alla sua natura ricognitiva di diritti già esistenti a livello comunitario, laddove acutamente osservava: «delle due l'una: o si applica la Carta nel testo rielaborato delle "vecchie fonti", e allora non si applicano queste; oppure si applicano le "vecchie" fonti, ma allora il richiamo alla Carta non solo è inutile, ma addirittura inesatto» (A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, I, pp. 193-207, p. 196). Come a dire, adesso: o si applica la CEDU, e allora non si stanno applicando delle norme internazionali generalmente riconosciute; o si applicano delle norme internazionali generalmente riconosciute, e allora il richiamo alla CEDU diventa inutile ed anzi inesatto...

A quest'ultimo proposito, devo allora dire che trovo molto significativa la circostanza che fino a non molti anni fa non soltanto sarebbe stato inconcepibile, ai nostri fini, il richiamo all'articolo 117¹⁷; ma sarebbe parso quasi eccentrico, in effetti, anche il richiamo all'articolo 11.

Perché mai trenta o anche solo venti anni fa si sarebbe dovuto – e perché invece oggi non solo si può, ma propriamente si deve – fare riferimento all'articolo 11 per rispondere a domande relative al carattere aperto o chiuso del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali, alla possibilità di rinvenire e alla maniera di garantire ed “applicare” diritti fondamentali ulteriori rispetto a quelli elencati nella Costituzione?

La (duplice) risposta è oggi evidente (ed è contenuta anche nel titolo della relazione che mi è stata assegnata).

Il fatto è, semplicemente, che nel 2000 a Nizza è stata adottata, e nel 2009 col trattato di Lisbona ha acquisito pieno valore giuridico, a livello primario nell'ordinamento eurounitario¹⁸, con tutto ciò che ne consegue, la Carta dei diritti fondamentali, la cui applicazione nel nostro ordinamento è oggi possibile e doverosa, trattandosi di diritto dell'Unione, appunto in virtù dell'articolo 11, dunque con il noto “regime operativo” che l'ancoraggio a tale disposizione costituzionale impone – quantomeno, voglio precisare, con riguardo alle norme dell'ordinamento ieri comunitario e oggi “eurounitario” (e non necessariamente con riguardo alle norme riconducibili ad altri ordinamenti / sistemi)¹⁹.

In ogni caso, ovviamente, in parallelo alla riflessione su quali potrebbero/dovrebbero essere le implicazioni della riconduzione (anche) all'art. 10 di alcune norme contenute nella CEDU, ci sarebbe da porsi almeno le seguenti domande (non nuove in generale, ma in qualche modo nuove in questo specifico contesto): *quali* norme presenti nella CEDU possono/devono rientrare in questa categoria (in qualche modo) “rafforzata”? A *chi* spetta il compito di operare in concreto tale valutazione selettiva? Solo alla Corte costituzionale o anche, trattandosi di una valutazione in prima battuta “di diritto internazionale” e non “di diritto costituzionale”, anche ai giudici comuni? In caso di disaccordo sul punto, dovrebbe prevalere la valutazione della Corte costituzionale o, in ipotesi, quella della Corte di Cassazione?

¹⁷ il cui attuale testo, nella parte in cui vincola il legislatore statale al rispetto degli obblighi internazionali, è stato introdotto con la riforma del titolo V nel 2001 ed “applicato” solo a partire dal 2007, come è ben noto.

¹⁸ Utilizzo il neologismo – ormai di uso comune non solo in ambito scientifico – coniato da Antonio Ruggeri in occasione dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha determinato, come è noto, la “successione” dell' “Unione” europea (come ridisegnata dal medesimo Trattato) alla “Comunità”, suggerendo quindi di superare anche l'aggettivo “comunitario”, in effetti ben sostituibile (ovviamente “ex nunc”, continuando quindi a usarlo con riferimento a tutti i casi per i quali ciò risultasse tutto sommato più corretto) con l'aggettivo “eurounitario” (sicuramente più congruo e “bello” di altri, e in specie dell'aggettivo “unionale”, pur a volte utilizzato addirittura in sede di traduzione di atti e documenti ufficiali dell'Unione europea).

¹⁹ Sia pure in nota (per ragioni di mero ordine espositivo) vale la pena dedicare qualche cenno a questa – a mio avviso molto importante – precisazione, che vorrebbe gettare luce su un aspetto tuttora generalmente trascurato, ma che potrebbe in futuro rivelarsi di grande rilievo.

Il fatto, o meglio l'antefatto è che, come ben noto, nelle sentenze 348 e 349 del 2007 la Corte costituzionale ha negato la possibilità di qualificare come ordinamento il sistema della CEDU, e, soprattutto, di ricondurre tale sistema all'art. 11 Cost.

Ne discende che l'applicazione della Carta andrà garantita, all'occorrenza, anche attraverso la diretta non applicazione delle norme interne configgenti, laddove ricorrano tutti i presupposti di tale "non applicazione" (e, per inciso, proprio l'esatta ricognizione e ricostruzione di questi presupposti con riguardo alla Carta rappresenta a tutt'oggi una questione centrale, davvero delicatissima e della massima importanza, su cui a mio avviso occorre da parte degli operatori non solo "farsi un'idea generale", ma, per così dire, "andare a fondo", alla luce tra l'altro delle previsioni della Carta stessa – in particolare quelle contenute nelle sue c.d. "clausole orizzontali": artt. 51 e ss. – e, ovviamente, per quanto di rispettiva competenza, della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale; alcune cose sul punto si diranno nel corso della successiva trattazione).

Facendo un passo indietro dobbiamo d'altra parte tornare a precisare – e anche stavolta qualcuno si sarà probabilmente accorto della semplificazione che avevo effettuato – che anche prima della Carta dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia, a partire addirittura dalla fine degli anni sessanta, aveva affermato per via giurisprudenziale una costruzione teo-

L'idea che ho maturato è che tale rigida e discutibile chiusura (sulle cui ragioni trovo ora molto interessanti anche le considerazioni svolte da Marco Bignami in particolare nella relazione *Ordinamento nazionale e CEDU. Impressioni al sole che è sorto*, in www.questionegiustizia.it, 14 luglio 2016) sia stata la logica conseguenza – come tale pressoché inevitabile, e pragmaticamente prima ancora che teoricamente giustificabile (v. appunto le acute riflessioni di Bignami al riguardo) – di una ricostruzione "dogmatica" di fondo essa invece forse errata, e comunque tutt'altro che inevitabile, secondo la quale dalla riconducibilità di un sistema normativo alle previsioni contenute nell'articolo 11 della Costituzione deriverebbe, quasi meccanicisticamente, in capo ai giudici comuni, il potere/dovere di non applicazione del diritto interno contrastante con quel sistema normativo, come è avvenuto e avviene nel caso del sistema comunitario/eurounitario: in ragione però – ecco il punto su cui vorrei richiamare l'attenzione – di caratteristiche ed esigenze a ben vedere *proprie e peculiari di quel sistema*, e non necessariamente rinvenibili in sistemi diversi, quale in ipotesi quello della CEDU, che quindi *ben potrebbe*, in questa *diversa* logica, essere *comunque ricondotto all'articolo 11... per altri (buoni) motivi* e traendone *altre (opportune) conseguenze*, ad esempio con riguardo alle soluzioni da adottarsi nelle ipotesi di contrasto con diversi, e "costituzionalmente meno nobili", trattati internazionali, magari recepiti con leggi più recenti e quindi in linea di principio destinati a prevalere sulla CEDU in virtù del criterio cronologico, in mancanza di un "aggancio costituzionale" della Convenzione ulteriore rispetto all'articolo 117 (dal momento che quest'ultimo "aggancio", proprio perché comune a tutti i trattati, di per sé li pone tutti sullo stesso piano, con le accennate conseguenze); ecco perché sarebbe prezioso un ancoraggio costituzionale della CEDU *anche all'articolo 11*, senza però che da tale ipotetico ulteriore aggancio costituzionale discenda automaticamente il riconoscimento del temuto potere/dovere di disapplicazione del diritto interno, in luogo del più rassicurante (almeno sotto molti e importanti aspetti) meccanismo dell'incidente di costituzionalità (meccanismo quest'ultimo che verrebbe dunque, nell'ordine di idee qui proposto, comunque preservato; ma, per così dire, con "minori costi" dogmatici e pratici rispetto alla situazione attuale).

Quanto poi al possibile ancoraggio della CEDU (anche) *all'art. 2* della Costituzione, potrebbe in effetti rivelarsi prezioso (in vista di futuri "ripescaggi" all'occorrenza) – secondo quanto si era osservato a suo tempo commentando le "sentenze gemelle" – quello che era stato da altri definito «singolare silenzio» della Corte costituzionale su tale articolo (così A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it)).

rica fortemente innovativa, densa di ricadute pratiche anche e anzi soprattutto a livello *nazionale* (contrariamente a quanto si potrebbe immaginare: v. poco oltre), secondo la quale «i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte [stessa] garantisce l'osservanza»²⁰, con la precisazione che «la salvaguardia di questi diritti», da un lato, è «*informata alle tradizioni costituzionali comuni* agli Stati membri», e, dall'altro, che «i *trattati internazionali* relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati hanno *cooperato o aderito*» – *in primis* la CEDU²¹ – «possono del pari *fornire elementi* di cui occorre tener conto nell'ambito del diritto comunitario»²².

Si tratta di una costruzione che è stata poi in un certo senso “ratificata” dal Trattato di Maastricht nel 1992 e che, come si è già ricordato, è tuttora (pur dopo l'adozione e l'entrata in vigore della Carta) “viva e vegeta”, anche in virtù dell'esplicita previsione ancora presente nell'articolo 6 del Trattato sull'Unione, secondo cui «[i] diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

E se è vero che è stato necessario attendere fino al 2008 per assistere, con la celebre sentenza *Kadi* della Corte di giustizia²³, al primo caso di annullamento *di norme comunitarie* per contrasto con questi principi generali / diritti fondamentali, è vero anche che, invece, molto numerosi sono stati i casi nei quali i principi in questione sono stati richiamati per censurare e “neutralizzare” norme nazionali²⁴.

²⁰ Sentenza del 12 novembre 1969 (caso *Stauder*).

²¹ Come emergerà a partire dalla sentenza *Rutili* del 28 ottobre 1975.

²² Sentenza del 14 maggio 1974 (caso *Nold*).

²³ Sulle varie fasi di tale importantissima e tortuosa vicenda giurisprudenziale cfr., volendo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, V. Sciarabba, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell'ONU*, in *archivio.rivistaaic.it* ed in *Rassegna Forense*, 2006, I, pp. 147-190; O. Pollicino, V. Sciarabba, *Misure antiterrorismo: la Corte di giustizia riafferma i diritti e principi fondamentali europei ribaltando una sentenza del Tribunale di primo grado* (a commento della sentenza del 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P), in *archivio.rivistaaic.it*; O. Pollicino, V. Sciarabba, *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza “costituzionale” europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, I, p. 159 ss; G. Martinico, O. Pollicino, V. Sciarabba, *Hands off the untouchable core: a constitutional appraisal of Kadi case*, in *European Journal of Law Reform*, 2009, Vol. XI, n. 3; e, da ultimo, V. Sciarabba, *La Corte di giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la “Carta di Nizza”: l'epilogo della vicenda Kadi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) e in *Europeanrights.eu*, 2014.

²⁴ Con riferimento al ruolo dei principi generali comunitari/eurounitari possono ricordarsi, tra le altre, le note sentenze *Mangold* (Corte di giustizia, 22 novembre 2005, causa C-144/04) e *Kücükdeveci* (Corte di giustizia, 19 gennaio 2010, causa C-555/07), circa le quali (e a partire dalle quali) alcune considerazioni e riflessioni si sono svolte rispettivamente in V. Sciarabba, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, pp. 51-56, Id., *Dopo Mangold la Corte di giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010,

Ciò vuol dire che, a ben vedere, diritti fondamentali di matrice “extracostituzionale” (sia pure con il nome di principi generali dell’ordinamento comunitario) avevano ingresso e dispiegavano effetti anche nel nostro ordinamento già da decenni, in virtù appunto dell’articolo 11.

Ma ci volevano evidentemente l’adozione della Carta di Nizza e la sua entrata in vigore perché tale consapevolezza diventasse diffusa (ammesso che davvero lo sia).

3. Le trasformazioni avutesi all’interno del sistema della CEDU per effetto di modifiche normative

Allo stesso modo, del resto, sono state necessarie la riforma dell’articolo 117 e poi le “sentenze gemelle” del 2007 per diffondere la consapevolezza che diritti fondamentali “extracostituzionali” *sono* – ma evidentemente *già erano* – presenti nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, anche in questo caso con ricadute (effettive o potenziali) nel nostro ordinamento che, almeno in buona parte, prescindevano e prescindono dalla formale collocazione della CEDU nel nostro sistema delle fonti e che si ricollegano invece, almeno in certa misura (che avrebbe potuto e forse dovuto essere maggiore in passato) alle peculiarità della Convenzione e soprattutto del relativo sistema di controllo giurisdizionale²⁵.

In effetti, a spiegare l’insufficiente attenzione in precedenza riservata alla CEDU e, per converso, l’attenzione sempre crescente riservata ad essa negli ultimi quindici anni, non solo in Italia e a prescindere da modifiche delle Costituzioni nazionali, contribuiscono anche le importantissime trasformazioni che vi sono state, nel periodo in questione, *all’interno del sistema della CEDU*, per effetto anzitutto di alcuni protocolli – principalmente il protocollo n. 11 entrato in vigore nel 1998 – che hanno fortemente “rivitalizzato” il ruolo della Corte di Strasburgo e, per suo tramite, della Convenzione. Al punto che, come è noto, nel giro di pochi anni ci si è poi resi conto che la Corte rischiava di essere “travolta dal proprio successo” (cioè dal sovraccarico di ricorsi e dall’allungamento dei tempi di decisione) e si è intervenuti per “razionalizzare” il sistema con alcuni ulteriori protocolli.

Il protocollo 14 e la nozione di well-established case-law

II, pp. 376-383 e Id., *La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in www.gruppodipisa2010.it, in Europeanrights.eu e in www.astrid-online.it.

²⁵ Sembra al riguardo molto significativo il fatto che la Corte costituzionale e la magistratura in genere – come è stato evidenziato con toni giustamente critici da A. Spadaro, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2015, fasc. II – non abbiano riservato e tuttora non riservino molta attenzione (...per usare un eufemismo) ad altre Carte internazionali, quali la Carta Sociale Europea (CSE) e la Carta dell’autonomia locale (CEAL).

Lo si è fatto in particolare con il protocollo 14, che è entrato in vigore nel 2010 e che, in aggiunta ad alcune altre significative innovazioni per noi ora di minor interesse²⁶, ha attribuito ai Comitati ristretti di tre giudici, che già erano e restano competenti ad adottare decisioni di irricevibilità o cancellazione dal ruolo, anche il potere, per così dire speculare, di dichiarare un ricorso ricevibile e pronunciare contestualmente una decisione di merito quando la questione di interpretazione o applicazione della CEDU all'origine del caso è *oggetto di una "giurisprudenza ben stabilita" (well-established case-law)* della Corte – favorevole all'accoglimento del ricorso, come si è ritenuto sottinteso²⁷.

Il motivo per cui questa previsione "procedurale" (di minor rilievo, da un punto di vista generale, rispetto ad altre previsioni del medesimo protocollo) sembra ora meritevole di essere ricordata risiede nell'evidente "assonanza"²⁸ tra il riferimento a un "well-established case-law" e quella recente giurisprudenza costituzionale che attribuisce un carattere decisivo, a determinati fini, al fatto che la giurisprudenza di Strasburgo sia o meno una "giurisprudenza consolidata" (sentenza n. 49 del 2015, in tema di confisca in materia edilizia, e sentenza n. 200 del 2016, in tema di *ne bis in idem*).

E appunto in vista della riflessione nostrana sul concetto di "giurisprudenza consolidata", può essere interessante notare come, nel Rapporto esplicativo al protocollo 14, si preci-

²⁶ Per una illustrazione più ampia e ragionata delle innovazioni apportate dal protocollo 14 e qualche ulteriore indicazione bibliografica su tale protocollo cfr., volendo, V. Sciarabba, *Tra Fonti e Corti*, cit., pp. 287-293. Alcuni ulteriori cenni al protocollo 14 si faranno peraltro nel paragrafo successivo, in connessione ad alcuni aspetti (potenzialmente) problematici della prassi delle "sentenze pilota".

²⁷ Cfr. U. Villani, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità internazionale*, 2004, p. 487 ss., p. 492, e, implicitamente, A. Gardino Carli, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo. Profili processuali*, Milano, 2005, p. 37.

La circostanza che il procedimento in questione sia utilizzabile – a parte l'ipotesi d'irricevibilità – solo a fini di accoglimento dei ricorsi (e non di rigetto nel merito) dovrebbe valere, sotto altro profilo, a neutralizzare, o almeno a ridimensionare, «il rischio», prospettato dallo stesso U. Villani, *op. cit.*, pp. 492-493, «che esso, inducendo il Comitato a conformarsi alla giurisprudenza preesistente consolidata (o dotata della particolare autorevolezza di una pronuncia di principio, eventualmente della Grande Camera), finisca per favorire la formazione di una giurisprudenza "ripetitiva", poco sensibile ai nuovi sviluppi, connaturati all'evoluzione dei diritti umani e del contesto (sociale, politico, giuridico) nel quale essi vivono e, quindi, poco incline ai mutamenti giurisprudenziali che tali sviluppi possono richiedere». Poiché infatti la "ripetitività" opererebbe, per così dire, "a senso unico" – e in specie a favore dei ricorrenti – essa, più che ostacolare "nuovi sviluppi" ed evoluzioni in direzioni maggiormente garantistiche, sembra semmai limitarsi (attraverso una sorta di cristallizzazione dei presupposti *sufficienti* per l'immediato accoglimento) a precludere involuzioni e regressi più attenti alle ragioni degli Stati che a quelle degli individui (salvo restando che, almeno in alcuni casi, anche questa tendenziale preclusione potrebbe, tutto considerato, rivelarsi controproducente).

²⁸ Parlo di "assonanza" e non di "collegamento" per rimarcare il fatto che tra i due contesti nei quali si fa ricorso a tale nozione vi sono differenze tali da sconsigliare una meccanica "sovrapposizione" di riflessioni. Ciò non toglie che, come si dirà subito nel testo, una sorta di parallelismo può cautamente istituirsi e può risultare utile.

si, con riferimento al passaggio prima citato, che «"[w]ell-established case-law" normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber. Exceptionally, however, it is conceivable that a single judgment on a question of principle may constitute well-established case-law, particularly when the Grand Chamber has rendered it» (corsivi aggiunti).

Il protocollo 16 e le richieste di parere consultivo

Si è intervenuti poi, o meglio lo si è tentato di fare, con il protocollo 15, che entrerà in vigore se e quando tutti gli Stati membri lo ratificheranno (e su cui qui si sorvola per brevità, salvo un cenno che si farà poco oltre); e lo si sta facendo, per quel che più interessa in questa sede, con il protocollo 16, il quale, a differenza del precedente, entrerà in vigore sul piano internazionale non appena saranno raggiunte 10 ratifiche²⁹; ed è in ogni caso meritevole di attenzione fin d'adesso per il suo prevedibile impatto sul ruolo dei giudici nazionali.

Il protocollo 16 delinea infatti un meccanismo, del tutto inedito nel sistema della CEDU (e in qualche misura ispirato al noto e assai incisivo meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione), secondo il quale le più alte giurisdizioni degli Stati membri potranno presentare, diciamo in via "incidentale", comunque «nell'ambito delle cause pendenti dinanzi ad esse»³⁰, delle richieste di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti previsti nella CEDU e nei suoi protocolli addizionali, motivando tale richiesta nonché (e il dato mi pare indicativo pensando ad esempio al rapporto tra giudici comuni e Corte costituzionale) producendo tutti gli elementi pertinenti relativi al contesto giuridico e fattuale della causa pendente.

²⁹ L'Italia ha firmato il protocollo 16 nel 2013 ma non ha ancora provveduto alla ratifica.

³⁰ Su questo specifico aspetto, e non solo, v. le riflessioni svolte da Oreste Pollicino in *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), nonché in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014 e – insieme a una serie di altri interessanti contributi – in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015.

Sul protocollo 16 v. inoltre, tra gli altri, R. Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2014, spec. p. 32 ss.; G. Asta, *Il protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in www.sioi.org; E. Nalin, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea* (www.studisullintegrazioneeuropea.eu), IX (2014), pp. 117-145; A. Ruggeri, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2015, I, spec. pp. 61-65; R. Conti, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n.16 annesso alla CEDU si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE*, in *Europeanrights.eu*; nonché, nell'ambito di una trattazione più ampia sui rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo, F. Giuffrè, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 6 aprile 2016.

Il tutto allo scopo dichiarato di permettere alla Corte di Strasburgo «di interagire maggiormente con le autorità nazionali, di modo tale da consolidare l'attuazione della Convenzione secondo il principio di sussidiarietà»: principio secondo cui, per usare le parole destinate ad essere inserite nel Preambolo della CEDU per effetto del protocollo 15, «spetta *in primo luogo* alle Alte Parti contraenti» – e dunque, in larga parte, alle relative magistrature, a *ciascun singolo magistrato* – «garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella [...] Convenzione e nei suoi protocolli»...

Ora, si potrebbe volendo riflettere a lungo, anche alla luce della sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, sul modo in cui tale compito possa e debba essere adempiuto tenendo in considerazione, da un lato, il secondo comma dell'articolo 101 della Costituzione per il quale «i giudici sono soggetti solo alla legge» e, dall'altro, l'articolo 117, che, nella sua finalità di garantire il rispetto dei vincoli internazionali, si pone a fondamento dell'obbligo di allinearsi alla giurisprudenza di Strasburgo³¹: obbligo affermato – come si ricordava – in termini piuttosto netti nelle «sentenze gemelle» del 2007 e progressivamente precisato, almeno a prima vista ridimensionandolo, in diverse sentenze successive...³²

³¹ Cfr., con riguardo alla complessa questione qui accennata, già M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corriere Giuridico*, 2008, p. 185 ss., M. Bignami, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 595 ss., Id., *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2011, spec. pp. 8-12, e A. Bonomi, *Brevi note sul rapporto fra l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'art. 101, c. 2 Cost. (... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org). Significativi spunti (diretti o indiretti) si rinvencono inoltre, anche sotto questo specifico profilo, in diversi scritti di Antonio Ruggeri (tra i più recenti, *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2015, fasc. III, nonché in Id. *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIX, Studi dell'anno 2015, Torino, 2016, p. 559 ss. e Id., *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, cit., spec. p. 44 ss.).

³² Per delle significative riflessioni a quest'ultimo proposito cfr. tra l'altro (ed in aggiunta ad alcuni scritti citati in altre parti della presente relazione) L. Montanari, *Giudici nazionali e Corte di Strasburgo: alcune riflessioni tra interpretazione conforme e margine di apprezzamento*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. XIII-XVIII (della stessa Autrice v. anche, *Interpretazione conforme a Convenzione europea dei diritti dell'uomo e canoni di proporzionalità ed adeguatezza*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, pp. 487-495, nonché – nell'ambito di una trattazione più ampia e con interessanti spunti comparatistici – *La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Florida*, Napoli, 2009, pp. 459-478); G. Parodi, *Le sentenze della Corte EDU come fonte di diritto. La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, IV, p. 1743 ss., nonché in www.diritticomparati.it; E. Malfatti, *Attorno al modello di interpretazione convenzionalmente conforme e di verifica di costituzionalità della CEDU, suggerito dalla giurisprudenza recente*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., pp. 313-327 (consultabile anche all'indirizzo http://web.jus.unipi.it/documenti/persdoc/contributi/Corte_costituzionale_Cedu.pdf); P. Bonetti, *L'interpretazione*

4. Le trasformazioni avutesi nel sistema della CEDU ad opera della giurisprudenza della Corte europea e della prassi del Comitato dei ministri

Prima di tornare con un paio di riflessioni su questo aspetto centrale, e riprendendo il filo del discorso (che proprio perché un po' tortuoso non va smarrito, almeno da parte dell'autore!), va peraltro aggiunto che, oltre ai cambiamenti intervenuti a livello nazionale (...riforma dell'articolo 117, conseguente giurisprudenza costituzionale sul ruolo della CEDU nel nostro sistema ecc. ...) ed in parallelo ai cambiamenti intervenuti nel sistema CEDU per effetto di modifiche normative, attraverso i vari protocolli citati, si sono avute, e contribuiscono in larga misura a spiegare la crescente importanza e notorietà della Convenzione e della Corte di Strasburgo, alcune *altre* importantissime "innovazioni di sistema", discendenti almeno in prima battuta dalla giurisprudenza della stessa Corte europea e dalla prassi del Comitato dei ministri in sede di controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte.

Richiamo solo alcuni elementi di maggior rilievo.

Anzitutto, quella che è stata definita «una sorta di mutazione genetica» nel sistema CEDU, tale da rappresentare «[u]na delle novità più rilevanti di questi ultimi anni»³³, e cioè il vero e proprio "ribaltamento" dell'originaria (e per parte sua riduttiva) "lettura" dell'art. 41 della Convenzione.

Come noto, l'articolo 41 della CEDU (da leggersi peraltro in combinazione con l'articolo 46), prevede che «[s]e la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in

della legge conforme a Costituzione di fronte agli obblighi costituzionali e ai doveri dei magistrati, ibidem, pp. 201-213; M. Massa, *La "sostanza" della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, pp. 4679-4692; E. Lamarque, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. Cappuccio, E. Lamarque (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Napoli, 2013, pp. 241-302; Id., *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Diritto pubblico*, 3/2013, p. 785 ss.); A. Ruggeri, *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 *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVII, Studi dell'anno 2013, Torino, p. 37 ss.; Id., *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali*, cit.; A. Guazzarotti, *Uso e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007*, in www.diritti-cedu.unipg.it; Id., *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del "Doppio binario" alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, III, p. 2033 ss.; G. Repetto, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio binario'*, in *Diritto pubblico*, 2014, p. 1075 ss.

³³ G. Ubertis, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in A. Balsamo, R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 99

modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, *un'equa soddisfazione alla parte lesa*».

Ebbene, fino a non molto tempo fa, la prassi della Corte e del Comitato dei ministri era orientata nel senso della pressoché esclusiva valorizzazione dell'equa soddisfazione in denaro, trascurandosi – anche nei casi in cui sarebbe stata possibile una riparazione delle conseguenze per così dire “in forma specifica” – quest'ultima soluzione (che invece, secondo il tenore testuale dell'art. 41, avrebbe evidentemente dovuto rappresentare l'opzione “fisiologica” da privilegiarsi nella maggioranza dei casi).

Più di recente, invece, a partire dagli anni novanta e ancor più (non a caso) nel decennio successivo, l'approccio degli organi di Strasburgo si è, come dicevo, ribaltato, giungendo non solo a preferire la riparazione delle conseguenze “in forma specifica” allorché questa risultasse agevole o comunque possibile secondo il diritto nazionale, ma addirittura (almeno in alcuni casi) a richiedere la “conformazione” degli Stati alle statuizioni della Corte anche attraverso una *modifica* del loro diritto interno³⁴, più o meno espressamente censurato proprio perché tale da non consentire la piena riparazione delle conseguenze della violazione e/o tale – aspetto questo connesso ma in effetti diverso, e richiamato espressamente dagli organi europei – da non impedire il verificarsi di nuove, analoghe violazioni.

In termini espliciti, nei punti 151 e 152 della sentenza della Grande Camera *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009 si legge che, aderendo alla CEDU, gli Stati «si impegnano a far sì che il loro diritto interno sia compatibile con quest'ultima», da ciò discendendo – quanto al seguito delle sentenze di condanna da parte della Corte europea – l'obbligo di «eliminare, nel proprio ordinamento giuridico interno, ogni eventuale ostacolo a un adeguato ripristino della situazione del ricorrente»³⁵.

In questa logica, oltre ad alcune importanti sentenze rese nei confronti dell'Italia (nei noti casi *Sejdivic* e *Scordino*) merita di essere ricordata, per la sua particolare nettezza, la sentenza del 24 marzo 2005 (ricorso n. 9808/02, *Stoichkov c. Bulgaria*), nella quale la Corte

³⁴ In qualche modo indicativa di questo approccio – che non si arresta davanti a una semplice impossibilità “giuridica” (della *restitutio in integrum*), bensì semmai solo davanti a una sua impossibilità fattuale, “naturale” – sembra, tra le tante, la sentenza 11 dicembre 2003, *Carbonara e Ventura c. Italia*, nella quale, dopo aver ribadito il tradizionale adagio per cui «[g]li Stati contraenti parti del caso sono in linea di principio liberi di scegliere i mezzi da utilizzare per conformarsi ad una sentenza che constati una violazione», e dopo aver significativamente ricollegato (e per così dire “funzionalizzato”, riducendola di fatto sensibilmente) tale libertà di scelta alla «obbligazione principale imposta dalla Convenzione agli Stati contraenti: assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà garantite (art. 1)», la Corte ha espressamente affermato che, «[s]e la natura della violazione permette la *restitutio in integrum*, incombe allo Stato convenuto realizzarla, non avendo la Corte la competenza né la possibilità pratica di provvedervi essa stessa». In termini “speculari” e convergenti, nella sentenza della Grande Camera del 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, già si leggeva che l'equo indennizzo in forma monetaria ha come unico scopo quello di «accordare un risarcimento per i danni subiti dagli interessati nella misura in cui questi costituiscano una conseguenza della violazione *che non può in ogni caso essere cancellata*».

³⁵ E in senso analogo può richiamarsi già la sentenza della Grande Camera dell' 8 aprile 2004 (*Assanidzé c. Georgia*, punto 198).

EDU, dopo aver affermato che rappresenta una forma di detenzione illegittima la reclusione disposta a seguito di un giudizio interno riconosciuto iniquo in sede europea, ha individuato come *unica* misura di riparazione effettiva, in alternativa alla immediata scarcerazione, la riapertura del processo.

E qui devo dire che si potrebbe (e forse si dovrebbe) aprire un'ampia e importante parentesi, che però non apro, su tutta la complessa questione della "riapertura del giudicato" per violazione della CEDU, sulla quale in Italia sono stati puntati i riflettori soprattutto in riferimento al "caso Dorigo" e alla sentenza importantissima (e, come è stato detto, "epocale") della Corte costituzionale n. 113 del 2011, con la quale la Consulta ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo".

Il tema ha senza dubbio notevolissimo rilievo pratico e anche uno speciale valore a livello "sistemico" (e non solo astrattamente simbolico), nella ricostruzione degli attuali rapporti tra ordinamenti; ma su di esso, come dicevo, preferisco sorvolare completamente per una semplice ragione di natura "pragmatica": avendo dedicato a questo tema una serie di articoli³⁶ e un'intera monografia³⁷, non saprei infatti – per così dire – da dove cominciare, né soprattutto... dove finire senza dilungarmi oltremodo. Meglio, quindi, autocensurarmi e tacere del tutto, accontentandomi di aver ricordato la questione e la sua importanza³⁸.

³⁶ Per chi fosse interessato (anche per ulteriori indicazioni bibliografiche): *Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e... legislatore?* (a commento della sentenza della Corte costituzionale n. 129 del 2008), in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) ed in *Europeanrights.eu*, 2008; *La "riapertura" del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, I, pp. 513-543; *La "riapertura" del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: profili di comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, II, pp. 917-947; *La riapertura del giudicato a seguito di sentenze della Corte di Strasburgo: il ruolo della comparazione* (Relazione al "XXII Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato", Salerno, 30 maggio - 1 giugno 2013), in *Europeanrights.eu*.

³⁷ *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, CEDAM, 2012.

³⁸ Tra gli scritti più recenti, segnalo in particolare – per una trattazione sintetica ma ben articolata, e con ulteriori indicazioni bibliografiche, sui vari profili della questione generale, approcciata in una prospettiva ampia – C. Padula, *La Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2016, fasc. II, 25 agosto 2016, ed in corso di pubblicazione in Id. (a cura di) *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016 (ivi anche una serie di altri autorevoli contributi, raccogliendo il volume gli atti dell'omonimo convegno svoltosi a Treviso il 27 novembre 2015). Dello stesso Autore v. inoltre l'approfondita e stimolante analisi, di grande interesse ai fini della presente relazione, compiuta in *La Corte costituzionale ed i "controlimiti" alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1, Cost.*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 10 dicembre 2014.

Può essere utile, piuttosto, dedicare almeno qualche cenno agli sviluppi della prassi, inaugurata già nel 2004, delle c.d. sentenze pilota, secondo cui la Corte di Strasburgo – vuoi per economia di lavoro, vuoi per conferire alle proprie pronunce un valore più generale e penetrante, ed incrementare al contempo le responsabilità degli attori nazionali – sospende l'esame di una moltitudine di "ricorsi seriali" (ovvero di ricorsi provenienti da soggetti diversi ma tra loro sostanzialmente analoghi in quanto determinati da una medesima carenza generale di un dato ordinamento) e pronuncia per un unico caso tra questi (appunto il "caso pilota") una sentenza; la quale, da un lato, individua le carenze strutturali dello Stato responsabile delle "violazioni seriali" (spesso in conseguenza del proprio impianto legislativo), e, dall'altro, indica le misure di riforma strutturale (in ipotesi, di natura legislativa) da realizzare a livello statale per porre termine alla violazione sistemica/sistematica (in linea di massima chiamando in causa il legislatore, ma lasciando spesso aperta la possibilità di interventi "suppletivi" da parte delle Corti costituzionali e/o dei giudici comuni).

E se inizialmente, e spesso, tali "direttive giurisprudenziali" hanno avuto natura generica, lasciando (almeno formalmente e comunque in qualche misura) alle autorità nazionali coinvolte la scelta delle specifiche modalità attraverso cui raggiungere il risultato, talvolta la Corte si è poi spinta (o si è trovata in qualche misura costretta dalle circostanze) a indicare espressamente misure puntuali e prive di alternative.

Merita di essere ricordato che la "procedura di sentenza pilota" è stata poi formalmente recepita e per così dire consacrata – nel 2011 – attraverso una modifica del regolamento interno della Corte EDU, ove si prevede (articolo 61) che a tale procedura si faccia ricorso «quando i fatti posti a base di un ricorso rivelano l'esistenza nelle Parti Contraenti interessate di un problema sistemico o strutturale o altre simili disfunzioni che hanno dato origine o possano dare origine ad analoghi ricorsi»³⁹.

A proposito della prassi delle sentenze pilota, e delle controindicazioni che essa poteva e può presentare, risulta d'altra parte meritevole di grande attenzione quanto era stato evidenziato in un passaggio della risoluzione n. 1516 (2006) dell'Assemblea del Consiglio d'Europa, in cui si rilevava «con inquietudine che la procedura [delle sentenze pilota] è applicata a problemi strutturali complessi sulla base di una sola causa che potrebbe non mettere in evidenza tutti gli aspetti del problema in questione. La procedura pilota non può consentire una valutazione completa del problema e, restando "congelati" tutti gli altri affari simili, rischia di ritardare la piena attuazione della CEDU invece che accelerarla».

A questi riguardi, un ruolo positivo potrebbero svolgere (più che le ricordate modifiche al regolamento interno della Corte) le integrazioni apportate all'art. 46 dal protocollo 14 (v. subito oltre), nella misura in cui esse potrebbero consentire *alla Corte* di tenere conto, (an-

³⁹ La modifica, approvata il 21 febbraio 2011 e in vigore dal 1 aprile dello stesso anno, fu adottata a seguito di una espressa sollecitazione contenuta nella dichiarazione finale della "Interlaken Conference" del febbraio 2010, in cui la Corte veniva invitata a "sviluppare norme chiare e prevedibili per ciò che concerne la procedura della sentenza pilota in relazione alla selezione delle richieste, la procedura da seguire ed il trattamento dei casi sospesi".

che) in *fasi successive rispetto a quella del giudizio iniziale*, di “tutti gli aspetti del problema in questione” meritevoli di più attento esame.

Il protocollo 14, in effetti, tra le altre cose, ha introdotto nel testo dell’articolo 46 alcune nuove disposizioni che sembrano andare nella direzione di una valorizzazione, un rilancio ed una razionalizzazione delle qui sommariamente ricordate prassi della Corte e del Comitato dei ministri. Le nuove previsioni, infatti, attribuiscono al Comitato dei Ministri, da un lato, la possibilità di adire, in sede di esecuzione di una sentenza della Corte, la Corte stessa, affinché questa si pronunci su eventuali questioni di interpretazione sorte con riguardo a (lle implicazioni di) tale sentenza; e, dall’altro, la possibilità, qualora il Comitato ritenga che uno Stato non si stia conformando ad una sentenza della Corte, di mettere in mora tale Stato e successivamente, nell’ipotesi di perdurante inottemperanza, adire la Corte affinché questa proceda ai necessari accertamenti e rinvii successivamente il caso al Comitato dei Ministri, così che quest’ultimo possa – nel caso in cui la Corte abbia accertato una violazione degli obblighi di conformazione alla propria sentenza – esaminare su basi per così dire più “solide” e autorevoli le misure da adottare.

Tirando alcune fila del discorso, possiamo a questo punto notare come tutti gli elementi fin qui ricordati (alcuni dei quali implicano una sorta di “sindacato” della Corte di Strasburgo sulla stessa legislazione, o forse più propriamente sul “diritto vivente”, degli Stati aderenti alla CEDU) – insieme ad altri convergenti fattori sui quali per brevità sorvolo, e che si ricollegano al protocollo 12 e al protocollo 14⁴⁰, nonché al protocollo 15 e, ovviamente, al protocollo 16 sulla procedura di parere consultivo – sembrano andare nella direzione di un rafforzamento del ruolo e, come si è detto, del tono costituzionale della giurisprudenza di Strasburgo⁴¹, e dunque, per tornare alle questioni di fondo, di un rafforzamento del carattere e del ruolo non solo “fondamentale”, ma anche, per l’appunto, “(para)costituzionale”⁴² dei di-

⁴⁰ Rinvio in proposito alle riflessioni che avevo avuto occasione di svolgere a suo tempo (cfr. *Tra Fonti e Corti*, pp. 285 ss.), evidenziando come sia le innovazioni di natura schiettamente “procedurale”, sia quelle di natura più “sostanziale” avrebbero potuto avere l’effetto di rafforzare (per strade diverse ma convergenti) quella già evidenziata tendenza della Corte di Strasburgo a operare come una sorta di “Corte (super)costituzionale europea”, agevolando la possibilità che essa sia sempre più attenta e “concentrata” sulle grandi questioni di rilievo generale e sempre meno oberata dalle, e “dispersa” nelle, migliaia di “micro-violazioni” (più o meno “serie”) che, in assenza di opportuni correttivi, ne esaurirebbero inopportunamente le risorse.

⁴¹ Circa il sempre più incisivo ruolo della Corte di Strasburgo cfr. ampiamente, anche in una prospettiva comparata (sia in riferimento al “parallelo” e in qualche misura concorrente ruolo della Corte di giustizia, sia in riferimento al variegato rapporto dell’una e dell’altra Corte europea con gli ordinamenti ed i sistemi giurisdizionali dei singoli Stati), gli approfonditi studi di Oreste Pollicino (*in primis* la monografia *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?*, Milano, 2010).

⁴² Riprendo questa espressione nel senso che ad essa avevo attribuito, non discostandomi di molto dall’uso di altri autori, nella relazione svolta al “I° Colloquio biennale dei giovani comparatisti” organizzato dalla Associazione Italiana di Diritto comparato sul tema *Le nuove frontiere del diritto comparato* (Macerata, 23-24 maggio 2008), e intitolata appunto *I sistemi sovranazionali “paracostituzionali” dell’UE e della CEDU ed i loro rap-*

ritti contenuti nella CEDU (indipendentemente dalle vicende interne – riforma dell'art. 117, sentenze gemelle ecc. – ma, chiaramente, a maggior ragione alla luce di queste vicende e dell'intreccio tra le nostre dinamiche nazionali e le dinamiche sovranazionali del sistema della CEDU "in quanto tale").

5. Un paio di riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015

E si può allora tornare a richiamare, non tanto quale punto di arrivo definitivo, ma senza dubbio quale provvisorio punto d'approdo e importante snodo di questo intreccio di dinamiche, la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015.

Su di essa si è detto e scritto moltissimo e non voglio né posso qui entrare nel dibattito sorto tra i commentatori⁴³.

Mi limiterò quindi, dopo aver richiamato alcuni passaggi salienti della decisione, a un paio di brevi osservazioni, più strettamente legate al ruolo della magistratura comune.

Nella sentenza n. 49, dopo aver censurato l'operato del giudice a quo perché questi aveva «attribuito all'art. 7 della CEDU un significato non immediatamente desumibile da tale disposizione» sulla sola base di una pronuncia della Corte di Strasburgo la quale non era, «con ogni evidenza, espressione di un'interpretazione consolidata nell'ambito della giurisprudenza europea»⁴⁴, la Corte, anche sulla base di alcune considerazioni ricollegate al principio costituzionale di esclusiva soggezione del giudice alla legge, ha affermato che «è solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun *obbligo* esi-

porti con i sistemi nazionali: "svolte" recenti e nuove frontiere della comparazione" (il testo della relazione è reperibile sul sito Europeanrights.eu).

⁴³ Oltre ai lavori citati in altre note, cfr. quantomeno: G. Repetto, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, II, p. 411 ss. e in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2015; G. Sorrenti, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.osservatorioaic.it; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); I. Rivera, *L'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controlimiti del diritto convenzionale vivente*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 19, 2015; A. Ruggeri, *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 20 maggio 2015, spec. p. 17 ss.; B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, p. 1894 ss.

⁴⁴ E dopo aver osservato come «sarebbe errato [...] ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato».

ste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo».

E in particolare – ha precisato – nel caso in cui il giudice comune abbia motivo di «interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un “diritto consolidato”, è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale»⁴⁵.

Inoltre, allo scopo di fornire al giudice nazionale un aiuto nel suo «percorso di discernimento» per quei casi in cui non sia «di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento», la Corte si spinge ad elencare una fitta serie di “indici”⁴⁶ che, volendo, potrebbe essere anche letta come un arsenale di argomenti messo a disposizione soprattutto del giudice comune (oltre che di sé stessa), per poter “prendere le distanze” da pronunce “scomode”.

Al riguardo, c’è chi ha osservato come da questa sentenza «sembr[i] emergere, sotto-traccia, l’intendimento di sgravare la stessa Corte costituzionale dall’antipatica situazione di dover continuamente misurarsi – e per certi versi competere – con la CEDU e con il suo diritto vivente»⁴⁷.

Di certo, alla base e/o a sostegno dell’impostazione della Corte c’è, o comunque può oggettivamente porsi, una esigenza di tutto rilievo, non trascurabile, e cioè quella di evitare che si arrivi, come si è detto, ad «adeguare» definitivamente l’ordinamento interno ad un principio per nulla stabile, ed anzi ben suscettibile di non trovare conferma nella successiva giurisprudenza europea»⁴⁸.

⁴⁵ Una simile impostazione – considera la Corte – «non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell’uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo», che, come è noto, «si articola per sezioni, ammette l’opinione dissenziente», e «ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera».

⁴⁶ In specie: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano».

⁴⁷ R. Conti, *La CEDU assediata? (Osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2015, fasc. I, p. 182 in nota.

⁴⁸ M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 2/2015, p. 293 (significative riflessioni sulla sentenza n. 49 sono svolte dallo stesso Autore anche in *Ordinamento nazionale e CEDU. Impressioni al sole che è sorto*, cit.).

In altri termini il rischio è quello che in qualche occasione ci si possa ritrovare ad essere... “più realisti del re”, ovvero ad impugnare ed eventualmente ad annullare in via definitiva delle norme nazionali ritenute contrastanti con la CEDU sulla base di indirizzi giurisprudenziali controversi ed “effimeri” della Corte di Strasburgo, magari di singole sue sentenze destinate ad essere smentite e superate dalla successiva giurisprudenza europea.

È vero che in questi casi ben si potrebbe, in un secondo momento, reintrodurre la disciplina “erroneamente” dichiarata incostituzionale (“erroneamente” col senno di poi, s’intende) attraverso una nuova legge, eventualmente in via retroattiva, ove possibile e opportuno (salva poi l’ipotesi ulteriore, ben più ardita ma non del tutto inconcepibile, di interventi “ripristinatori” della stessa Corte costituzionale, tramite tecniche più o meno sofisticate su cui non occorre ora soffermarci).

Ma è chiaro che si tratterebbe in ogni caso di situazioni e soluzioni piuttosto bizzarre (se non anche forzate), e che il problema di fondo esiste e non va sottovalutato.

Ciò su cui però vorrei soprattutto richiamare l’attenzione e invitare a riflettere sono due pericoli per così dire opposti rispetto a quello appena segnalato, che potrebbero derivare da una lettura non abbastanza meditata di alcuni passaggi della sentenza 49.

Ritorniamo un attimo sull’affermazione, che sintetizza in qualche modo il nocciolo dell’argomentazione della Corte costituzionale (e si presenta come una sorta di “massima” rivolta a tutti i giudici), secondo cui «è solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto *definitivo*».

Ebbene, il primo pericolo che mi sento di dover segnalare è che il riconoscimento in capo al giudice comune del potere (o addirittura dell’obbligo)⁴⁹ di ignorare orientamenti giurisprudenziali “non consolidati” della Corte di Strasburgo che egli non condivide possa portare, se... preso troppo sul serio (o troppo “allegrementemente”, secondo i punti di vista), a violazioni di uno dei principi-cardine del nostro sistema di giustizia costituzionale, e cioè quello per cui il giudice ha il dovere di sollevare tutte le questioni di costituzionalità che “non siano *manifestamente* infondate”.

Cosa intendo dire? Intendo dire che, almeno di norma, il fatto stesso dell’esistenza presso la Corte di Strasburgo di un orientamento interpretativo – magari non ancora “consolidato”, ma magari nemmeno *del tutto estemporaneo e con altissima probabilità “recessi-*

Sempre in *Diritto penale contemporaneo* 2/2015 cfr. inoltre, a commento della medesima sentenza, A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope*, G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”* e D. Pulitanò, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*.

⁴⁹ Per alcune sottili distinzioni su questo punto, e più in generale sulle questioni qui toccate, cfr. M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute*, cit., spec. p. 292.

vo⁵⁰... e tale quindi da indurre a prospettare o anche solo a sospettare una incompatibilità con la CEDU (e perciò con la Costituzione) della disciplina legislativa rilevante per il caso – dovrebbe forse *di per sé* indurre a considerare la questione di costituzionalità in riferimento all'art. 117 “non *manifestamente* infondata”, e dunque da sollevarsi!⁵¹

In altri termini, la mancata adesione personale dei giudici comuni all'orientamento di Strasburgo (non ancora consolidato, ma esistente e potenzialmente destinato ad affermarsi in seguito) dovrebbe forse, nel quadro di un sistema di giustizia costituzionale prudenzialmente fondato sul canone della “non manifesta infondatezza”, restare priva di rilievo (spetterebbe poi *alla Corte costituzionale*, in quest'ordine di idee, sbrogliare la questione, essendo del resto la Corte l'organo più adatto ad esprimersi – in modo unitario e diacronicamente coerente – sull'*esistenza* e sui *contenuti* del *parametro interposto!*).

Questo con riguardo al primo pericolo.

C'è poi, come dicevo, un secondo pericolo, che mi pare ancora più grave, ed è quello che si faccia strada una visione secondo cui, in assenza di una nutrita serie di sentenze di Strasburgo che facciano applicazione (in modo per di più sempre coerente) di un determinato principio o di una determinata regola astrattamente desumibile dalle disposizioni della Convenzione, tale principio o tale regola vengano considerati *tamquam non essent*.

Una simile visione finirebbe infatti per trasformare, in modo anacronistico e soprattutto scorretto, la CEDU in una tavola di “norme programmatiche”, bisognose di un previo consolidamento giurisprudenziale ad opera della Corte di Strasburgo – potremmo dire di una (ripetuta) “*interpositio iudicis*” – prima di poter esplicitare i propri effetti nell'ordinamento nazionale (vuoi a fini di annullamento delle disposizioni legislative interne con essa inevitabilmente confliggenti, vuoi a fini di reinterpretazione convenzionalmente orientata delle disposizioni solo potenzialmente confliggenti).

Che dire? C'è forse solo da sperare che i prossimi “assestamenti” (ossia i futuri, prevedibili, “aggiustamenti di tiro” da parte della Corte costituzionale, nonché – già nel frattempo – l'operato dei giudici comuni) possano scongiurare tale davvero inquietante scenario...

6.1. Il ruolo della Carta dei diritti fondamentali

Tutto ciò detto, vorrei passare nuovamente al “fronte eurounitario” della tutela dei diritti fondamentali, per svolgere qualche riflessione più puntuale sul ruolo della Carta dei diritti⁵².

⁵⁰ Sembra questa l'unica ipotesi eccezionale da far salva.

⁵¹ Salva poi l'ipotesi ulteriore (anch'essa in via di principio eccezionale) che tale orientamento interpretativo sia ritenuto a sua volta di dubbia compatibilità con la nostra Costituzione (e dunque con la nostra giurisprudenza costituzionale)... , nel qual caso il discorso – come abbiamo visto – diventerebbe più complesso.

⁵² Le riflessioni che seguiranno ricalcano in una certa misura quelle già svolte, alcuni anni fa, in una relazione introduttiva al “Il Workshop in Diritto internazionale e dell'Unione”, organizzato da Magistratura Democratica e Medel - Venezia, 8-9 aprile 2011, sul tema *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*. Il testo

Devo constatare (e traspare anche da quanto io stesso ho detto finora) come, nonostante siano state pronunciate negli ultimi anni importantissime sentenze proprio sulla base della Carta⁵³, in Italia l'attenzione generale continui a essere prevalentemente "rapita" dalle

completo di quella relazione è pubblicato in E. Falletti, V. Piccone (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo: il giudice alla ricerca della soluzione*, Bari, Cacucci, 2012, pp. 109-125, nonché in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) e in *Europeanrights.eu*, 2011.

⁵³ Tra le tante, vorrei almeno ricordare le seguenti tre sentenze della Corte di giustizia, anche per il grande impatto che hanno avuto sull'attività delle istituzioni politiche dell'Unione (secondo quanto ho personalmente avuto modo di apprezzare in un arco temporale di una certa lunghezza nell'ambito della Commissione Libertà civili, giustizia e affari interni del Parlamento europeo):

1) la sentenza del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *MA e a. contro Secretary of State for the Home Department*, che ha affrontato la delicata questione dell'individuazione dello Stato competente a farsi carico delle richieste di asilo presentate da minori non accompagnati, dando attuazione concreta al principio, sancito dall'articolo 24 della Carta, secondo cui l'interesse superiore del minore deve sempre essere considerato preminente in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private. Più precisamente (e andando alla sostanza) la sentenza in questione – che ha anche innescato importanti modifiche normative con riguardo al regolamento (UE) n. 604/2013 (c.d. regolamento Dublino III) – ha affermato la regola, fortemente innovativa, secondo cui la competenza a farsi carico delle richieste di asilo presentate da minori non accompagnati (che non abbiano familiari, fratelli o parenti legalmente presenti in uno Stato membro) ricadrebbe, salvo che ciò sia contrario all'interesse superiore dei minori medesimi, sullo Stato membro in cui questi ultimi effettivamente *si trovino* (a prescindere al modo in cui vi siano giunti e da eventuali altre richieste presentate in precedenza in Stati diversi). Si tratta, dunque, di una soluzione ben diversa da quella usualmente praticata per gli adulti (per le cui richieste di asilo la competenza tende a ricadere sul primo Stato in cui è stata presentata la domanda, in genere quello di "primo approdo", senza che assuma rilievo il fatto che la persona si sia nel frattempo spostata in un altro Stato e abbia eventualmente presentato una nuova domanda in tale Stato). E si tratta, con tutta evidenza, di una soluzione fortemente "garantista", dal momento che, attribuendo la competenza agli Stati in cui i minori di fatto si trovano, si potrà evitare il rischio che questi soggetti, particolarmente vulnerabili ed esposti a rischi anche serissimi, vengano sradicati contro la propria volontà dal contesto in cui si trovano e in cui magari hanno iniziato un percorso di integrazione, per essere "spediti" come pacchi postali da un paese all'altro, per ragioni essenzialmente "burocratiche" (e comunque prive di rilievo nella prospettiva della piena tutela dei diritti fondamentali). Tale importantissimo risultato pratico, come si diceva, è stato raggiunto in virtù dell'art. 24 della Carta dei diritti, e con ricadute anche politiche di grande rilievo in un settore, come è noto, cruciale tanto per l'Unione quanto per i singoli Stati, oltre che della massima importanza in sé e per sé, per la natura dei diritti e dei soggetti coinvolti. Su tale sentenza, e sulle relative tematiche, cfr. senz'altro M.L. Quattrocchi, *La tutela dei minori stranieri non accompagnati: notazioni alla luce di una recente sentenza della Corte di giustizia*, in <http://www.cde.unict.it>, e Id. *La tutela dei minori stranieri non accompagnati nel rapporto tra l'ordinamento interno e quello sovranazionale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, pp. 1863-1876, spec. pp. 1870-1872.

2) la sentenza dell'8 aprile 2014 in tema di c.d. "data retention" (cause riunite C-293/12 e C-594/1, *Digital Rights Ireland Ltd*), nella quale la Corte ha dichiarato l'invalidità della Direttiva 2006/24/CE riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione, per violazione del principio di proporzionalità nel bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali e le esigenze della pubblica sicurezza, alla luce degli artt. 7, 8 e 52, par. 1,

pur importanti questioni relative al ruolo della CEDU, posta sotto i riflettori non solo dalla giurisprudenza costituzionale, ma anche dalla giurisprudenza amministrativa e dalla giurisprudenza ordinaria, penale e civile.

A “rubare la scena” è stata spesso la questione, che ho qui volutamente lasciato in disparte ma che periodicamente riemerge, della “disapplicazione”, ad opera del giudice comune, di norme interne in contrasto con la Convenzione e con la giurisprudenza di Strasburgo. Operazione questa che, nonostante le nette statuizioni, in senso contrario, della Corte costituzionale (ricordo in particolare le limpide argomentazioni svolte nella sentenza n. 80 del 2011), è stata in più occasioni sostenuta e/o praticata sulla base di una discutibile ricostru-

della Carta dei diritti. Su tale decisione cfr., tra gli altri, R. Flor, *La Corte di giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. “data retention” contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporeno.it), 2/2014; G. Repetto, *La Corte di giustizia dell’UE dichiara invalida la direttiva sulla Data Retention: verso la costituzionalizzazione del diritto alla privacy?*, in <https://diritti-cedu.unipg.it>; F. Vecchio *L’ingloriosa fine della direttiva Data retention, la ritrovata vocazione costituzionale della Corte di giustizia e il destino dell’art. 132 del Codice della privacy*, in www.diritticomparati.it; O. Prevosti, *Tutela della privacy come presupposto della libertà: due recenti sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea a difesa della riservatezza individuale*, in www.osservatorioaic.it;

3) la sentenza (sul c.d. “Safe Harbour”) del 6 ottobre 2015 (causa C-362/14, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*), con la quale, per riprendere la semplificata ma indicativa sintesi contenuta nel comunicato stampa ufficiale della Corte (<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117it.pdf>), il giudice europeo ha «invalida[to] la decisione della Commissione che attesta che gli Stati Uniti garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati personali trasferiti» (con la chiosa che se «[s]olo la Corte è competente a dichiarare invalido un atto dell’Unione», tuttavia «le autorità nazionali di controllo, investite di una domanda, possono, anche se esiste una decisione della Commissione che dichiara che un paese terzo offre un adeguato livello di protezione dei dati personali, esaminare se il trasferimento dei dati di una persona verso quel paese rispetta i requisiti della normativa dell’Unione sulla protezione di tali dati, nonché adire i giudici nazionali, allo stesso titolo della persona interessata, affinché procedano ad un rinvio pregiudiziale per l’esame della validità della decisione»). Tra i primi commenti a tale sentenza cfr. M. Bassini, O. Pollicino, *La Corte di giustizia demolisce il safe harbor e ridisegna i confini del diritto alla privacy in ambito transnazionale*, in www.diritto24.ilssole24ore.com, 7 ottobre 2015; S. Rodotà, *Internet e privacy, c’è un giudice in Europa che frena gli Usa*, in www.repubblica.it, 12 ottobre 2015; S. Crespi, *La tutela dei dati personali UE a seguito della sentenza Schrems*, in www.eurojus.it; V. Zeno-Zencovich, *Intorno alla decisione nel caso Schrems : la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2015, 4/5, pp. 683-696; O. Pollicino, M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, *ibidem*, pp. 741-777.

Più in generale, per un’ampia e sistematica analisi dell’uso fatto della Carta dei diritti nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della nostra Corte costituzionale cfr. rispettivamente L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013 e Id. *L’uso fatto della Carta dei diritti dell’Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2016, fasc. I nonché in L. D’Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell’Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016 (ivi anche alcuni interessanti contributi di altri Autori).

zione degli effetti dell'art. 6 del Trattato sull'UE post-Lisbona, nelle sue diverse disposizioni (prevista adesione dell'UE alla CEDU⁵⁴; nuova formulazione del riferimento ai principi generali; riferimenti indiretti alla CEDU, contenuti negli artt. 52 e 53 della Carta di Nizza).

Prescindendo da qualche possibile puntualizzazione che si potrebbe fare anche su questo tema⁵⁵, ciò che mi continua a colpire da molti anni (e ancor più proprio dall'entrata in

⁵⁴ In questa relazione, dovendo compiere delle scelte drastiche per contenerne l'ampiezza, mi sono astenuto dal toccare la questione dell'adesione dell'UE alla CEDU, pur molto importante, in considerazione del suo ridotto interesse pratico nel momento attuale: è noto infatti che la Corte di giustizia, con il parere 2/2013 del 18 dicembre 2014 (invero discutibile in molte sue parti), ha bocciato il progetto di accordo di adesione; e, per gli argomenti addotti, ha reso molto più difficile (c'è chi dice addirittura di fatto "impossibile", sebbene un simile esito sarebbe chiaramente in contrasto con l'esplicita previsione contenuta nell'art. 6, par. 2, TUE, secondo cui «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali») la negoziazione e la conclusione di un nuovo accordo di adesione (che in ogni caso – come si è purtroppo avuto modo di verificare personalmente e ripetutamente – non sembra essere tra le priorità delle istituzioni dell'Unione).

Sul parere 2/2013 cfr., tra i tanti, J.P. Jacqué, *Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?*, in www.droit-union-europeenne.be; S. Peers, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, in <http://eulawanalysis.blogspot.it>; L.S. Rossi, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in www.sidi-isil.org; V. Zagrebelsky, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, ibidem; S. Vezzani *"Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!": la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU*, ibidem; G. Gaja, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo?* in *Rivista di diritto internazionale*, 1/2015, p. 148 ss.; C. Zanghì, *La mancata adesione dell'Unione Europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Rivista OIDU*, 2015, I, pp. 129-157; D. Fanciullo, *Parere 2/13 della Corte di Giustizia: la novissima quaestio dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 3 aprile 2015; I. Anrò, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in www.diritticomparati.it; A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro e crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU: due facce della stessa medaglia?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 8 gennaio 2015; R. Calvano, *Chi è la più bella del reame? Corte di giustizia e Corte di Strasburgo alla luce del parere 2/13 sull'adesione alla CEDU*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online* (www.edizioniesi.it/dperonline); F. Cherubini, *In merito al parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo*, in www.osservatorioaic.it, maggio 2015; G. Tesauro, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: nessuna sorpresa, nessun rammarico*, in *Foro italiano* 2/2015.

⁵⁵ Alludo soprattutto alle dettagliate e stringenti considerazioni di Antonio Ruggeri, che già da tempo ha messo in evidenza e per così dire "catalogato" una serie di casi particolari nei quali lo schema teorico e operativo delineato dalla Corte costituzionale con riguardo alla Convenzione sembra dover lasciare spazio a soluzioni differenziate: v. ad esempio – tra i vari scritti in cui questo specifico profilo di ricerca è stato sviluppato ed articolato – A. Ruggeri, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composto)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 28 febbraio 2011 e Id., *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 29 novembre 2014.

vigore del Trattato di Lisbona nel 2009) è appunto il prevalente e quasi esclusivo soffermarsi della giurisprudenza (e della dottrina al seguito), talora in modo contorto, forzato, cervellotico, sul tema della disapplicazione di norme interne per contrasto *con la CEDU* (in virtù di presunti rocamboleschi effetti indiretti di una sua asserita immediata “trattattizzazione/comunitarizzazione”), mentre, forse accecati dalle “pagliuzze” al momento più appariscenti (o forse perché sull’altro fronte, in parte per ragioni intuibili, non ci sono state ancora sentenze epocali e “catalizzatrici” come lo sono state, sul fronte CEDU, le “sentenze gemelle” del 2007), non si è rivolta, o troppo poco si è rivolta l’attenzione, per così dire, alla “trave”, cioè alla esplicita, diretta, immediata attribuzione di valore giuridico primario alla Carta di Nizza, con tutte le conseguenze che ciò comporta: ad iniziare – pur con le molte precisazioni e cautele del caso – proprio da quell’effetto diretto (in senso “forte”, inteso cioè come potere/dovere di disapplicazione del diritto interno contrastante) che si è finora tentato di far entrare, o di respingere, “dalla finestra” (in riferimento alla CEDU), ma che sembra inesorabilmente destinato, a questo punto, a entrare direttamente “dalla porta” (in riferimento alla Carta)⁵⁶.

6.2. (Segue) Presupposti e limiti dell’applicazione diretta della Carta

Sembra dunque utile dedicare qualche riflessione, anzitutto, alla questione, cruciale, dei presupposti e dei limiti dell’applicazione diretta della Carta e, in particolare, della “non applicazione” del diritto interno contrastante; e poi, andando a concludere, alle implicazioni più generali di tale prospettiva operativa e ad alcuni piccoli ma assai incisivi accorgimenti che essa sembra suggerire.

1) È appena il caso di ricordare che il primo, più immediato “limite” in generale all’efficacia diretta della Carta, e in particolare quindi alla disapplicazione del diritto interno

Tra i principali casi in cui il contrasto tra una legge ordinaria e la CEDU (o un altro trattato internazionale) forse potrebbe, se non addirittura dovrebbe, (...continuare a) essere risolto direttamente dal giudice comune, senza necessità di sollevare l’incidente di legittimità costituzionale e attribuendo immediatamente prevalenza alla (legge di esecuzione della) Convenzione (o altro trattato), si era già avuto modo di segnalare a suo tempo l’ipotesi, invero non così fantasiosa o infrequente, di antinomia tra (una legge di esecuzione di) un trattato internazionale e una legge *precedente*. Per alcune riflessioni in proposito cfr. volendo V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, cit., spec. punto 7, nonché – in modo più ampio e argomentato, e con riferimento a un caso reale effettivamente presentatosi pochi mesi dopo le “sentenze gemelle” – Id., *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti nel quadro della recente giurisprudenza costituzionale* (a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 2008), in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 9 aprile 2008.

⁵⁶ Come in certa misura – che meriterebbe di essere indagata meglio, superando le difficoltà che una ricerca di questo tipo inevitabilmente comporta, per la necessità di esplorare in modo sistematico le migliaia di decisioni pronunciate dai giudici di merito e di legittimità – è effettivamente iniziato ad accadere anche in Italia (e per la verità già da prima del 2009, ma questo è un altro discorso).

contrastante, deriva da quanto previsto dall'art. 6, par. 1, del Trattato UE e dalla Carta stessa nell'art. 51: «Le disposizioni della presente Carta si applicano [alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure] agli Stati membri *esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*».

Sorvolando su una serie di questioni più specifiche sollevate dal tenore testuale dell'art. 51 (questioni già più volte affrontate da me e da altri, e sulle quali nuovamente mi "autocensuro")⁵⁷, uno dei maggiori problemi che si pongono (e soprattutto *si porranno*) con riguardo all'ambito di applicazione della Carta resta a mio avviso quello delle cosiddette "discriminazioni a rovescio" che potranno emergere come conseguenza della differenza di trattamento, di regime, tra le fattispecie di rilievo eurounitario (nelle quali la Carta sarà invocabile) e le fattispecie "puramente interne" (nelle quali la Carta non potrà di per sé essere invocata)⁵⁸.

Volendo provare a immaginare delle possibili soluzioni, continuo a pensare che – salva l'ipotesi che la problematica delle discriminazioni a rovescio acquisisca rilievo (e, per così dire, venga combattuta) *dal punto di vista dell'Unione*, dalla Corte di giustizia, in riferimento al, e in virtù del, principio *eurounitario* di non discriminazione⁵⁹ – allo stato attuale l'unico o comunque il principale strumento utilizzabile nel nostro ordinamento per affrontare il problema sarebbe l'incidente di legittimità costituzionale da sollevarsi per violazione dell'art. 3 Cost. (eventualmente in collegamento con altra disposizione costituzionale "sostanziale"), disponendo certamente la nostra Corte di tecniche decisorie tali da consentirle di evitare tali discriminazioni a rovescio attraverso, in sostanza, l'indiretta estensione della disciplina eurounitaria più favorevole anche ai casi "interni", appunto sulla base e ai fini del rispetto del principio (costituzionale) di eguaglianza: principio da considerarsi tra l'altro, in linea di massima, principio supremo del nostro ordinamento.

Circostanza, quest'ultima, che merita di essere tenuta a mente perché potrebbe risultare determinante nell'affrontare un'ulteriore questione che potrebbe porsi, e che mi limito ad accennare. Occorre considerare, infatti, che l'estensione generalizzata delle tutele eurounitarie (ovvero, volendo vederla così, *l'estensione sostanziale dell'ambito di applicazione della*

⁵⁷ Cfr. in proposito, volendo, *Tra Fonti e Corti*, pp. 148-158.

⁵⁸ Differenza di regime, tengo a precisare, che talora sarà limitata al *comunque importante* piano "processuale", qualora l'esistenza di garanzie costituzionali o convenzionali pienamente corrispondenti a quelle della Carta consenta di sollevare utilmente un'eccezione di incostituzionalità tale da raggiungere, alla fine, un risultato *nella sostanza* (anche se, appunto, non nei modi e magari nei tempi) analogo a quello che si avrebbe invocando la Carta (ed eventualmente rivolgendosi alla Corte di giustizia tramite un rinvio pregiudiziale); ma che talora sarà anche "sostanziale", laddove l'impossibilità di invocare la Carta in una determinata fattispecie condurrà a una soluzione del caso diversa da quella che si avrebbe in fattispecie strutturalmente identiche sotto ogni profilo (assio)logicamente rilevante, ma che però, ricadendo per ragioni "contingenti" nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, potrebbero e dovrebbero essere decise alla luce anche della Carta e, appunto per questo, avrebbero esito differente.

⁵⁹ Cfr. a questo proposito G. Pistorio, *Le discriminazioni a rovescio derivanti dall'applicazione del diritto comunitario*, in *Europeanrights.eu*.

Carta al di là di quanto sarebbe necessario dal punto di vista europeo) potrebbe in alcuni casi risultare lesiva di un qualche “contrapposto” o comunque “concorrente” interesse o diritto interno. Ebbene, in questi casi, se ci si riflette, proprio la natura “suprema” del principio di eguaglianza (posto ipoteticamente a fondamento della estensione delle garanzie previste dalla Carta) potrebbe, almeno in linea di principio, rivelarsi decisiva⁶⁰.

2) Un secondo limite, almeno potenziale, alla diretta invocabilità e alla “piena” applicabilità – con disapplicazione del diritto interno contrastante – delle norme, o meglio di *alcune* norme, della Carta, potrebbe poi doversi ricollegare alla famigerata distinzione tra “diritti” e “principi” di cui all’art. 52, par. 5: «Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell’Unione e da atti di Stati membri *allorché essi danno attuazione al diritto dell’Unione*, nell’esercizio delle loro rispettive competenze. Esse *possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*» (corsivi ovviamente aggiunti).

La questione è quanto mai complessa e delicata, e in questa sede non è opportuno affrontarla compiutamente⁶¹; ma, proprio per la sua evidente importanza, andava quantome-

⁶⁰ A voler essere più precisi, si possono figurare, sotto questo profilo, *tre ipotesi e tre soluzioni*.

1) Prima ipotesi: ove le tutele eurounitarie di un diritto fondamentale portino alla compressione di un altro diritto fondamentale costituzionalmente tutelato e questa compressione debba considerarsi tale da intaccare un principio supremo del nostro ordinamento, un controlimite, allora vorrebbe dire che quella norma della Carta, o meglio quella norma ricavata dalla Carta e lesiva di un “controlimite” costituzionale, non potrebbe, non dovrebbe poter trovare validamente applicazione neanche nel campo di pacifica applicazione del diritto dell’Unione.

2) Ove invece (seconda ipotesi) l’estensione alle “fattispecie interne” delle soluzioni imposte dalla Carta, all’estremo opposto, non andasse a intaccare alcun diritto, principio o valore *di rilievo costituzionale*, allora nessun problema particolare (legittimo affidamento a parte, e non è poco...) sembrerebbe porsi, e l’estensione parrebbe in effetti doverosa.

3) Ove infine – terza ipotesi: situazione intermedia, più problematica e peraltro, probabilmente, più frequente – l’estensione delle tutele eurounitarie a fattispecie interne, pur senza intaccare dei “controlimiti”, vada comunque a comprimere posizioni giuridiche o principi e valori di rilievo costituzionale interno, allora la soluzione sembra più complessa e incerta. Su un piano teorico, comunque, si deve probabilmente dire che anche in questi casi l’estensione sarebbe necessaria, proprio sul presupposto che il fondamento dell’estensione risiederebbe nel principio di eguaglianza e che tale principio, anche in simili contesti, avrebbe la natura e la “forza” di un principio supremo. Si tratterebbe cioè, in questi casi, di mettere a confronto il “controinteresse costituzionale” che si oppone all’estensione delle tutele eurounitarie (controinteresse privo, da ipotesi, del “rango” di “principio supremo”) con il principio costituzionale sulla cui base risulterebbe invece doverosa l’estensione – il principio di eguaglianza – con conseguente prevalenza di quest’ultimo (e conseguente estensione delle tutele eurounitarie), appunto in quanto principio supremo.

⁶¹ Per alcune più approfondite riflessioni sul punto e per ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia a V. Sciarabba, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le “clausole orizzontali” della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, pp. 389-458, e Id., *Tra Fonti e Corti cit.*, spec. 208 ss.

no segnalata, e un paio di considerazioni sul punto possono comunque farsi e risultare forse interessanti.

Anzitutto, può notarsi come la tesi per cui la disposizione abbia tra i suoi scopi principali quello di ridurre le potenzialità operative della Carta in materia sociale sembri, per certi versi, trovare riscontro nella “spiegazione”⁶² relativa a tale articolo, in primo luogo laddove (discutibilmente) si sostiene che la norma sarebbe in linea «con l’approccio ai “principi” negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, *specialmente nella normativa sociale*»; e, in secondo luogo, laddove si introducono ulteriori elementi di ambiguità richiamando, quali esempi di *principi* contenuti nella Carta – oltre all’art. 37 («Tutela dell’ambiente») – gli artt. 25 e 26, i quali prevedono rispettivamente il «*diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale*» e il «*diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l’autonomia, l’inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità*»...⁶³

Sotto altro profilo, possono richiamarsi a proposito della menzionata previsione dell’art. 52, par. 5 alcune parole del “mandato di Colonia” – cioè dell’atto del Consiglio europeo del 3-4 giugno 1999 che sta alla base della redazione della Carta – secondo cui nella redazione del testo si sarebbero dovuti prendere in considerazione i «diritti economici e sociali quali sono enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (art. 136 TCE), *nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l’azione dell’Unione*». Come si è avuto a suo tempo occasione di notare, il motivo per il quale tali parole paiono “ex post” interessanti risiede nella possibilità di trarne ora⁶⁴ una sorta di regola interpretativa secondo la quale, almeno “fino a prova contraria”, quelli contenuti nella Carta *non* sono «diritti... unicamente a fondamento di obiettivi per l’azione dell’Unione» (cioè appunto, in buona sostanza e in questo contesto, “principi”); bensì, in ogni caso, “qualcosa di più”⁶⁵.

⁶² Circa le “spiegazioni” della Carta si rinvia ai (pochi) cenni che si faranno – e allo scritto che si richiederà – poco oltre.

⁶³ Evidente, da una parte, la contraddizione terminologica; d’altra parte, poi, si può notare come si tratti di disposizioni dalle quali la nostra e altre giurisprudenze (costituzionali e non) saprebbero ben trarre contenuti precettivi tali da permetterne, in molte situazioni fattuali e normative, una immediata invocabilità in sede giudiziaria.

⁶⁴ Alla luce di un’ulteriore circostanza storica che non può essere cancellata dagli eventi successivi, e cioè che lo stesso Consiglio europeo, una volta che la Convenzione ha prodotto il suo testo, ha approvato tale testo senza obiezioni.

⁶⁵ In effetti, se la disposizione dell’art. 52, par. 5, è chiara (ancorché, a ben vedere, meno di quanto potrebbe inizialmente apparire) nella sua seconda parte (quella in cui descrive/prescrive il “regime operativo” dei principi), essa contiene comunque un elemento di incertezza (che le «spiegazioni» della Carta non risolvono, ma anzi accentuano) nella prima, su un punto assolutamente decisivo: *quali* sono le «disposizioni della presente Carta che contengono dei principi»? E, prima ancora, e in generale: quali sono i *criteri per definire e individuare* questi «principi»? Se si accetta, come sembra ragionevole, la possibilità di stabilire un certo collegamento tra i «principi» cui la disposizione allude e le parole del mandato di Colonia relative ai diritti sociali – nel senso cioè che

3) Una terza questione in grado di incidere in senso lato sull'efficacia della Carta è quella relativa al ruolo delle altrettanto famigerate ma tuttora sempre un po' misteriose "spiegazioni" della Carta: richiamate, in virtù di successive, progressive aggiunte di evidente e direi "ossessivo" intento riduttivo del ruolo della Carta, sia nel Preambolo della Carta, sia nel suo art. 52, par. 7, sia, infine, nell'art. 6 del Trattato sull'Unione, allo scopo, in sostanza, di limitare le potenzialità innovative/espansive della Carta e di promuoverne una interpretazione strettamente ancorata e, per così dire, pedissequamente "schacciata" sulle fonti preesistenti.

Per non dilungarmi troppo, e non deviare eccessivamente dal filo principale del discorso, mi limiterò in proposito a un'unica osservazione⁶⁶, che credo meriti di essere ribadita in questa occasione. Si tratta di una (a mio avviso importante, per la ragione che dirò subito) precisazione su quella che, lavori preparatori alla mano, era invece l'originaria "natura" e funzione delle "spiegazioni" della Carta: ci tengo a fare questa precisazione perché essa consente di "smascherare" e in parte neutralizzare quella sorta di "falso storico" compiuto allorché nel 2004, su pressione del Regno Unito, si è aggiunto nell'art. 52 della Carta quel settimo paragrafo in cui si dispone, testualmente, che «I giudici dell'Unione e degli Stati membri teng[a]no nel debito conto le spiegazioni elaborate *al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della [...] Carta*».

Ebbene, in un documento ufficiale della Convenzione che ha elaborato la Carta (la cosiddetta "Convezione Herzog", dal nome del suo presidente), datato 31 luglio 2000 e contenente in allegato la versione originaria delle «spiegazioni» relative al testo completo della Carta⁶⁷, si legge: «Si allega *per i membri della Convenzione* una relazione esplicativa delle disposizioni della Carta, elaborata dal Segretariato [del Consiglio] su mandato del Presidium⁶⁸. *Il Presidium aveva chiesto* in particolare che la relazione fosse *il più possibile fattua-*

"principi" siano proprio (forse non solo, ma soprattutto) quelle norme, o quegli "pseudo-diritti", che si pongono «unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione» – si potrebbe allora arrivare ad affermare, chiudendo il cerchio, che, appunto *fino a prova contraria*, come si diceva, quelli contenuti nella Carta *non sono principi*: si tratta, come intuibile, di un canone ermeneutico in sé piuttosto rigoroso e forse in grado di ridimensionare "a monte" i possibili effetti dannosi di una disposizione dagli intenti (e dai contenuti) quanto mai discutibili.

⁶⁶ Per una più ampia analisi cfr., volendo, V. Sciarabba, *Le «spiegazioni» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, I, pp. 59-93.

⁶⁷ Trattasi del documento CHARTE 4423/00 (CONVENT 46).

⁶⁸ Ossia di quella sorta di comitato ristretto – "comitato di redazione", secondo le originarie indicazioni ufficiali (ma il ruolo effettivamente svolto dal *Presidium*, nella prima come nella seconda redazione, fu ben maggiore, comprendendo delicate e determinanti funzioni di impulso, di coordinamento, di mediazione e in qualche caso, a conti fatti, di decisione: cfr. volendo, in proposito, V. Sciarabba, *Le "Convenzioni", luogo d'incontro dei "parlamenti d'Europa" e di sperimentazione sul piano strutturale e funzionale*. Relazione all'«Atelier 4 luglio G.G. Florida» - "Dai Parlamenti in Europa ai Parlamenti d'Europa. Un cammino tra storia e diritto" (Teramo, 4 luglio 2008), in R. Orrù, L.G. Sciannella, A. Ciammariconi (a cura di), *Dai Parlamenti in Europa ai Parlamenti d'Europa. Un cammino tra storia e diritto*, Napoli, 2008, pp. 15-46) – costituito dal Presidente e dai tre Vicepresidenti della Convenzione e dal rappresentante della Commissione, ed assistito dal Segretario generale del Consiglio. A determinare l'autorevolezza e l' incisivo ruolo assunto dal Presidium (oltre alla disponibilità diretta del supporto tecnico del Segretariato e ad altri

le e riprendesse i testi o la giurisprudenza che sono serviti da fonte per la redazione dei vari articoli, evitando ogni tentativo di interpretazione della Carta».

Questa frase, mi pare, chiarisce perfettamente sia il vero motivo delle peculiarità contenutistiche delle «spiegazioni», e in specie della loro ricchezza di richiami e citazioni di fonti precedenti, sia, soprattutto, la limitatissima funzione che questo documento era chiamato a svolgere nell'intenzione di chi lo aveva scritto (e di chi aveva chiesto di scriverlo): funzione, in sostanza, di pura illustrazione storico-descrittiva, destinata essenzialmente ai membri della Convenzione (non tutti esperti giuristi in grado di padroneggiare il complesso quadro normativo di riferimento), relativamente ai “materiali” utilizzati per la redazione della prima bozza completa di articolato ad opera dello stesso Presidium (in questa precisa e limitata ottica giustificandosi dunque i riferimenti alle fonti utilizzate, lungi da ogni intento “prescrittivo”). E questo spiega, d'altra parte, perché le Spiegazioni pongano l'accento più sulle appariscenti (o apparenti) consonanze con le fonti di ispirazione della Carta che non sulle potenziali dissonanze e innovazioni che proprio e solo *dall'autonoma interpretazione* (più o meno “evolutiva”) della Carta – ad opera della Corte di giustizia e, nel rispetto delle indicazioni di questa, dei giudici nazionali – avrebbero potuto e potrebbero emergere.

In breve, dunque, se un qualche ausilio le «spiegazioni» dovevano fornire all'operatore, esso in tutto sembrava poter consistere fuor che in un “orientamento per l'interpretazione”. Ecco perché, con riguardo alla disposizione di cui all'art. 52, par. 7, mi ero permesso a suo tempo e mi permetto oggi di ricorrere all'espressione “falso storico”.

4) Un quarto e ultimo⁶⁹ elemento in grado di incidere “a monte”, in generale, sui rapporti tra Carta e diritto interno, e “a valle”, in particolare e come conseguenza, sul tema della disapplicazione delle norme nazionali, si ricollega alla tecnica redazionale cui si è fatto ricorso in moltissimi articoli, che contengono una serie di “rinvii” alle legislazioni e prassi nazionali, nonché un certo numero di ulteriori “abdicazioni definitive” potenzialmente in grado di “svuotare” (e in ogni caso di limitare) la portata precettiva degli articoli in questione, andando così a delineare, forse anche opportunamente almeno per certi diritti, un sistema “a geometria (parzialmente) variabile”, la cui logica di fondo e la cui concreta funzionalità mi sembrano

elementi) contribuì la previsione che ciascuno dei Vicepresidenti fosse “rappresentativo” (e agisse previa regolare consultazione) della componente di provenienza nell'ambito della Convenzione: organo, come è noto, “istituzionalmente composito”, essendo formato, per garantirne la più ampia rappresentatività e democraticità, oltre che dai quindici rappresentanti dei capi di Stato e di Governo degli Stati membri e da un rappresentante del Presidente della Commissione europea, da sedici membri del Parlamento europeo designati da quest'ultimo e da trenta membri dei Parlamenti nazionali – due per ogni Parlamento nazionale – designati dai Parlamenti nazionali stessi.

⁶⁹ “Ultimo” almeno nell'ambito di un discorso di carattere generale e sintetico come questo (salva restando quindi, come ovvio, la potenziale incidenza di fattori ulteriori e di varia natura, su cui però non è qui il caso di soffermarsi).

in qualche modo comparabili a quelle proprie della dottrina del margine di apprezzamento elaborata a Strasburgo⁷⁰.

6.3. (Segue) Le prevedibili ricadute sul sistema di giustizia costituzionale nazionale

Ora, ritornando alla questione di fondo dalla quale avevo preso le mosse (con riguardo al ruolo della Carta), credo che sia pienamente condivisibile l'osservazione di chi, già diversi anni addietro, aveva rilevato come «[l']inclusione della Carta di Nizza, e, in prospettiva, della CEDU, nell'ambito materiale del diritto dell'Unione costituisca il più insidioso attacco che la giurisdizione costituzionale abbia mai dovuto fronteggiare»⁷¹.

⁷⁰ Si ripropone, per comodità, un "censimento" di tali articoli, che non a caso riguardano quasi sempre questioni su cui si sono avute accese discussioni durante i lavori della Convenzione, particolarmente in materia sociale.

Si tratta dunque: dell'art. 10, par. 2 («Il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto *secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*»); dell'art. 14, par. 3 («La libertà di creare istituti di insegnamento nel rispetto dei principi democratici, così come il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche, sono rispettati *secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*»); dell'art. 16 («È riconosciuta la libertà d'impresa, *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*»); dell'art. 27 («Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile *nei casi e alle condizioni previsti dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali*»); dell'art. 28 («I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero»); dell'art. 30 («Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*»); dell'art. 34, par. 1 («L'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, *secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali*»); dell'art. 34, par. 2 («Ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*»); dell'art. 34, par. 3 («... l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, *secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali*»); dell'art. 35, prima parte («Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche *alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali*»); infine, salvo dimenticanze, dell'art. 36 («Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale *quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati*»).

⁷¹ M. Bignami, *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 18.

Alla base di questa condivisibile osservazione c'è ovviamente il timore⁷² che si sviluppi – in virtù, come mi è parso efficace dire, del “corto circuito” tra il già operante principio di immediata prevalenza del diritto comunitario/eurounitario (con conseguente obbligo di non applicazione del diritto interno contrastante)⁷³ e la peculiarità dei contenuti del testo di Nizza (assimilabili a grandi linee a quelli della prima parte della nostra Costituzione) – una sorta di “sindacato diffuso”, in riferimento alla Carta, che andrebbe progressivamente a sostituire il sindacato accentrato svolto, in riferimento alla Costituzione, dalla Corte costituzionale⁷⁴.

In quest'ordine di idee, naturalmente, una (ulteriore) parziale trasformazione si avrebbe nello stesso ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁷⁵, che andrebbe ad assomigliare sempre più ad un “incidente di costituzionalità” sotto diverso nome (e diverso giudice: anche in questo caso – tenuto conto della tendenziale corrispondenza contenutistica dei

⁷² Che personalmente ho iniziato a manifestare, cercando nel mio piccolo di diffonderne la consapevolezza, a partire dal 2003.

⁷³ Con riguardo al tema – evidentemente fondamentale e dotato di sempre nuovi risvolti di attualità – dell'efficacia diretta delle norme di diritto comunitario primario, è noto come essa sia stata affermata dalla Corte di giustizia già nella celebre sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963, alla condizione che gli obblighi siano precisi, chiari e incondizionati e non richiedano misure complementari a livello comunitario o nazionale (cfr. in proposito anche le sentenze *Becker* del 19 gennaio 1982 e *Kaefer e Proccaci* del 12 dicembre 1990). Come ricordato da P. Mengozzi, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997, pp. 110-111, il giudice europeo «ha qualificato come direttamente applicabili, e quindi invocabili da individui e da imprese davanti ai giudici nazionali, anche disposizioni comunitarie che non lasciavano trasparire una volontà di creare in capo ad essi situazioni giuridiche positive» (il che può risultare significativo anche con riguardo al problema dell'operatività della clausola di cui all'art. 52, par. 5 della Carta). Lo stesso Autore evidenzia anche come la Corte di Lussemburgo abbia «costruito la diretta applicabilità di dette disposizioni comunitarie come loro prevalenza sul diritto nazionale precedente e successivo e come prevalenza imponentesi, innanzitutto, anche sulle norme costituzionali nazionali», e abbia «precisato – sin dal 1976 [nella sentenza *Simmenthal*] – che detta prevalenza si impone non solo agli Stati membri ma anche a tutti i loro organi, puntualizzando, con una pronuncia del 22 giugno 1989 [*Fratelli Costanzo*], che essa vincola a “disapplicare” le norme che il legislatore statale ponga in essere in contrasto con il diritto comunitario non solo i giudici nazionali, ma “tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti locali territoriali”».

⁷⁴ In proposito cfr. anche V. Onida, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Milano, 2008, p. 47 ss. e R. Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, cit., spec. p. 30 ss. Tra i contributi più risalenti, ma anche lungimiranti, v. M. Cartabia, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana* e A. Celotto, *La Carta di Nizza e la crisi del sistema europeo di giustizia costituzionale*, entrambi in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, rispettivamente a p. 201 ss. e a p. 227 ss.; nonché, dei medesimi due Autori, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 4477 ss.

⁷⁵ Che già da tempo – come è noto – viene comunemente utilizzato allo scopo di ottenere dalla Corte di Lussemburgo una sorta di indiretta valutazione della “legittimità comunitaria/eurounitaria” del diritto interno.

parametri sullo sfondo – con effetti di “scavalco” del giudice costituzionale “interno” e della Costituzione nazionale).

7. Prospettive di possibile assestamento del complessivo sistema

A fronte di uno scenario di questo tipo, mi è parso già da diversi anni necessario cercare di immaginare degli accorgimenti che consentano di non indebolire (verso l'interno) e per certi versi, sia pure al momento solo per prudenza, di rafforzare (verso l'esterno) il fondamentale ruolo della Corte costituzionale, preservando il fondamentale legame operativo tra questa e i giudici comuni (se non altro in base alla... regola aurea di ogni saggio allenatore, valida almeno in via tendenziale, per cui “squadra che vince non si cambia”); il tutto senza però per questo dover arrivare a “boicottare” o “affossare”, in nome di questo nobile scopo, il ruolo della Carta dei diritti e della giurisprudenza europea (“giocando”, in particolare, su quei quattro nodi tecnici che ho richiamato: sul punto tornerò con maggior chiarezza e precisione in seguito).

In sostanza, si tratterebbe di rigettare sia quel *modello “diffuso/euro-accentrato”* di giustizia costituzionale che si profila all'orizzonte, imperniato sul rapporto privilegiato e in prospettiva futura pressoché *esclusivo* tra *giudice comune e Corte di giustizia*⁷⁶, sia il *modello tradizionale di giustizia costituzionale nazionale accentrata*, imperniato sul rapporto altrettanto *esclusivo*, in tema di diritti fondamentali, *tra giudice comune e Corte costituzionale*.

Occorre, per dirla in modo vagamente colorito, fare di necessità virtù e rassegnarsi tutti (giudici comuni, Corte costituzionale, Corte di Lussemburgo) al “triangolo”, attraverso alcuni *epocali ma circoscritti “aggiustamenti” giurisprudenziali* (epocale essendo del resto la piena entrata in vigore della Carta di Nizza e il progressivo “farsi strada” di tale testo nella prassi) da parte di tutti i soggetti coinvolti.

Vorrei richiamare rapidamente, a questo proposito, quegli stessi “suggerimenti operativi”, se così si può dire, che avevo già formulato in un Workshop di magistrati a Venezia del 2011⁷⁷, con la precisazione anticipata che alcune delle soluzioni prospettate, nel frattempo, si sono concretizzate, sicché il modello operativo che avevo ipotizzato in quella occasione (e che andrò subito a illustrare nel modo più sintetico) è oggi forse meno lontano dalla realtà di quanto non sembrasse allora (v. oltre per indicazioni più precise).

L'obiettivo (in parte raggiunto, come appena detto) era che i giudici comuni inducessero la Corte costituzionale (in vario modo: sia *interpellandola insistentemente*, sia *lasciandola ostentatamente da parte*⁷⁸) a rivedere ed allentare i suoi tradizionali indirizzi restrittivi in

⁷⁶ Modello che sarei tentato di chiamare “neo-Simmenthal”, e che ritengo però, nel nuovo contesto, molto meno “scontato” e doveroso, oltre che opportuno, di quanto potrebbe pensarsi.

⁷⁷ Faccio riferimento al “Il Workshop in Diritto internazionale e dell'Unione”, organizzato da Magistratura Democratica e Medel, Venezia, 8-9 aprile 2011, già ricordato all'inizio del paragrafo 7.1.

⁷⁸ A patto, naturalmente, di non violare le norme relative all'accesso alla giustizia costituzionale e di non compiere in questo modo alcuna scorrettezza nei confronti delle parti.

tema di *(ir)rilevanza e (in)ammissibilità delle questioni* anche solo in parte *collegate a “parametri comunitari”* (oggi eurounitari), così da poter riaccentrare – o meglio, per così dire, *accettare* per parte propria di *riaccentrare*⁷⁹ – *in prima battuta*⁸⁰ presso di sé *tutte le questioni relative ai diritti fondamentali* (o quantomeno, in una diversa e leggermente più sofisticata “sottospecie” del modello, *tutte quelle questioni relative ai bilanciamenti/contemperamenti/conflitti tra diritti fondamentali*⁸¹), e ciò anche laddove tali questioni coinvolgono (come è e sarà sempre più frequente) profili di rilievo eurounitario e siano invocati articoli della Carta; tutto questo con la “tolleranza”, s’intende, della Corte di giustizia, che potrebbe a sua volta raccogliere e sviluppare – per giustificare tale allontanamento dalle rigidità e dagli automatismi della giurisprudenza Simmenthal (risalente a un contesto ben diverso dall’attuale) – le proprie aperture a partire dal caso *Melki* (relativo alla disciplina francese della questione prioritaria di costituzionalità)⁸², e che verrebbe per così dire “contraccambiata” dalla disponibilità che la Corte costituzionale dovrebbe a questo punto coerentemente mostrare a sollevare essa, all’occorrenza, questioni pregiudiziali (anche nei giudizi in via inci-

⁷⁹ Appunto solo in via tendenziale ed in sostanza *facoltativa* (è questo un “dettaglio” fondamentale del modello qui delineato), non potendosi probabilmente, allo stato attuale (quand’anche la cosa fosse auspicabile), imporre ai giudici comuni *vincoli* in questo senso (e dovendosi inoltre, sotto altro profilo, fare ovviamente salva l’ipotesi che le questioni possano/debbero invece essere dagli stessi giudici comuni immediatamente risolte/prevenute tramite un ricorso equilibrato all’*interpretazione conforme*, nelle sue molteplici sfaccettature e “direzioni”).

⁸⁰ *In prima battuta* dato che, come si dirà poco oltre, condizione di tale (vocazione all’)accentramento non potrebbe che essere la contestuale “accettazione” da parte della Corte costituzionale del proprio *potere* (e teoricamente *dovere*, ma qui forse il discorso potrebbe essere più complesso di quanto a prima vista sembrerebbe) di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. È questa infatti una delle “pietre angolari” su cui si reggerebbe la costruzione, insieme alle altre indicate nel testo.

⁸¹ Il tutto, dunque, a prescindere dal fatto che si prospetti una possibile lesione di veri e propri “controllimiti”, diversa essendo qui la logica di fondo rispetto a quella “conflittuale” cui si riferisce la dottrina dei controllimiti: non già, nel nostro caso, quella “patologica” per cui ci si rivolgerebbe alla Corte costituzionale per chiedere la neutralizzazione di un vincolo comunitario in quanto lesivo di principi supremi del nostro ordinamento, bensì quella (in un certo senso “fisiologica”, pur ovviamente essendovi sempre alla base un “vizio” normativo, un fallimento del legislatore, in questo caso nazionale) di chiedere alla Consulta una “*complessiva*” *verifica di legittimità* di una norma interna a fronte di possibili lesioni di diritti e principi fondamentali *di varia matrice* (e non dico di varia “fonte” onde evitare che, intendendo in senso stretto tale termine, si trascuri l’apporto giurisprudenziale, che come è noto risulta invece spessissimo decisivo a questo proposito): *di varia matrice* (ma *in’ultima analisi sempre formalmente costituzionale*, avuto riguardo – quantomeno – agli artt. 11 e 117, c. 1, cost.) proprio perché si ritiene destinato a divenire sempre più raro e marginale il caso di esclusiva invocazione di diritti e principi fondamentali di matrice prettamente e puramente costituzionale *interna* (e non anche convenzionale e/o, per quanto qui specificamente interessa, eurounitaria).

⁸² Sulle diverse fasi e implicazioni della vicenda sfociata, a livello eurounitario, nella sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2010, v. ad esempio gli scritti di F. Fabbrini e di A. Alemanno in www.diritticomparati.it.

dentale), onde garantire il pieno rispetto (anche) dei vincoli eurounitari di natura “paracostituzionale”.

La disponibilità della Corte costituzionale a interloquire direttamente con la Corte di giustizia, attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, è in effetti, come si diceva, una delle pietre angolari della costruzione qui riproposta: costruzione che può solidamente reggersi e risultare funzionale⁸³ solo a condizione che il nostro giudice delle leggi diventi pienamente parte (parte “attiva”) del “circuito di giustizia costituzionale europea” (e non solo, come ovvio, vertice del sistema di “giustizia costituzionale nazionale”), ponendosi dunque – nelle fattispecie di rilievo eurounitario che riguardino (bilanciamenti tra) diritti fondamentali – come soggetto dialogante (in posizione processualmente intermedia) *sia con i giudici comuni sia, all’occorrenza, con la Corte di giustizia*⁸⁴.

In altri e più concreti termini, solo sapendo che sarà la Corte costituzionale a rivolgersi all’occorrenza al giudice di Lussemburgo – facendosi dunque carico (anche) di tutte le questioni relative alla compatibilità di una norma interna con la Carta dei diritti fondamentali e con i principi generali dell’Unione – i giudici comuni saranno in condizione di potersi rivolgere fiduciosamente (anziché prima direttamente alla Corte di giustizia e poi eventualmente alla Corte costituzionale, subito) alla Consulta; e, per parte sua, la Corte di giustizia potrà accettare, per determinate fattispecie ed a determinate condizioni, il venir meno (in via di fatto) del

⁸³ E dunque accettabile da parte di tutti i soggetti coinvolti (che in caso contrario *non potrebbero e non dovrebbero* rinunciare a esercitare le proprie tradizionali prerogative, anche in chiave “conflittuale”).

⁸⁴ Avendo evocato l’idea di un “circuito di giustizia costituzionale europea” (formula che, per sottili ragioni “pluralistiche” spero intuibili, ho preferito a quella, più “monistica/centralistica”, “circuito europeo di giustizia costituzionale”, che pure potrebbe volendo utilizzarsi ed è forse più piana), almeno un rapidissimo cenno devo a questo punto fare a un ulteriore aspetto, e precipuamente a un ulteriore, ipotizzabile meccanismo procedurale che andrebbe a completare tale “circuito”, per così dire “chiudendolo”. Alludo alla proposta (che peraltro, a differenza di quelle avanzate nel testo, postula delle non agevoli modifiche normative a livello europeo) di introdurre «un rinvio anche “discendente”, che dia modo alla Corte di giustizia di interpellare i giudici nazionali», in particolare «allo scopo di avere lumi in ordine a quei principi di struttura dei singoli ordinamenti statali ai quali fa riferimento l’art. 4 del trattato di Lisbona, imponendone la osservanza al diritto sovranazionale»: così A. Ruggeri in *L’interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registrati nell’esperienza, gli auspicabili rimedi*, cit., p. 27, ricollegandosi a quanto più ampiamente scritto in proposito già in Id. *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006, p. 847 s.

Coerentemente, e proprio in vista del miglior rifacimento o almeno aggiustamento della complessiva rete di relazioni tra giudici (cioè appunto di quello che io ho qui, forse ottimisticamente, chiamato “circuito” giurisdizionale), lo stesso Autore, facendo riferimento all’altro fronte, quello di Strasburgo, aggiunge che «nulla poi esclude che un qualche strumento di consultazione “discendente” possa essere altresì con profitto sperimentato anche al piano dei rapporti tra giudici comuni e Corte EDU, specificamente nel caso che quest’ultima voglia acquisire informazioni non risultanti dagli atti di ricorso ad essa presentati o comunque dalla Corte stessa giudicate insufficienti» (A. Ruggeri, *Ibidem*, p. 27).

dialogo diretto con i giudici comuni, a favore appunto del dialogo con il giudice costituzionale interno (cosa che, anche dal suo “punto di vista” sovranazionale, potrebbe peraltro risultare positiva sotto diversi profili).

In un simile quadro, per preservare il ruolo della Corte costituzionale⁸⁵, non sarebbe affatto necessario (come in diversi scenari) ricorrere a quelle pur possibili (ma discutibilissime, e comunque problematiche dal “punto di vista europeo”) operazioni di ridimensionamento sostanziale (per non dire “boicottaggio”) della Carta, che i vari “nodi tecnici” prima ricordati consentirebbero⁸⁶.

Della rigorosa applicazione della Carta, anzi, si farebbe in qualche modo garante e promotrice *la stessa Consulta*⁸⁷, in modo sostanzialmente assimilabile, *mutatis mutandis*, a ciò che oggi avviene (nel complesso mi sembra efficacemente) con riguardo alla CEDU, attraverso quel fruttuoso “connubio” tra giudici comuni e Corte che ben conosciamo (solo giudici comuni e Corte costituzionale, nel caso della CEDU, con la Corte di Strasburgo “sullo sfondo”, almeno fino all’entrata in vigore del protocollo 16; giudici comuni, Corte costituzionale e *Corte di giustizia*, non sempre solo sullo sfondo grazie al meccanismo del rinvio pregiudiziale, nel caso della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione)...

⁸⁵ Ruolo fondamentale anche a fini di autorevolezza, di visibilità e di univocità delle soluzioni adottate “in nome” dei diritti, così da preservare la “tenuta” nel lungo periodo del sistema, in sé e per sé e a fronte dell’opinione pubblica e dei periodicamente ricorrenti attacchi di forze politiche.

⁸⁶ È questo un punto assolutamente centrale del discorso. Nel modello che qui si propone, infatti, non vi sarebbe alcun bisogno (almeno non in nome della opportunità di preservare il ruolo della Corte costituzionale e della Costituzione, dal momento che tale ruolo *verrebbe comunque ampiamente preservato* in virtù degli espedienti *procedurali* poc’anzi messi in luce!):

1) né di opporsi a una ricostruzione “evolutiva” (e se si vuole “largheggiante”) del campo di applicazione del diritto eurounitario, ex art. 51 della Carta;

2) né di “ipervalorizzare” la distinzione tra diritti e principi di cui all’art. 52, par. 5, per ricostruire in modo ampio la categoria dei principi e negarne poi ogni valenza in sede giurisdizionale in assenza di *interpositio legislatoris*;

3) né di ricorrere ad una strumentale “mala-utilizzazione” della “Spiegazioni” (anche in questo caso “ipervalorizzandole”) per ridimensionare ogni possibile elemento innovativo (in particolare rispetto alla CEDU) presente nel testo di Nizza (e nella giurisprudenza che su di esso si potrebbe andare a formare);

4) né infine di leggere alla stregua di vere e proprie “decostituzionalizzazioni” i frequenti rinvii alle legislazioni (e prassi) nazionali presenti nella Carta, attraverso uno “svuotamento” del significato dell’avvenuto inserimento dei diritti in questione nel catalogo europeo ed una connessa ricostruzione in termini amplissimi del margine di discrezionalità (per non dire arbitrio) spettante al legislatore nazionale nel *quando* (di fatto nell’*an*) e nel *quantum* di tutela per tali diritti.

⁸⁷ Sia pure nell’ambito di un quadro operativo processuale differente rispetto a quello finora seguito per il diritto comunitario/eurounitario derivato (e solo occasionalmente per quello primario di “tono” in qualche modo costituzionale)... E d’altra parte il “vecchio sistema” potrebbe e dovrebbe continuare a essere tranquillamente seguito laddove non si pongano questioni relative ai diritti/principi fondamentali (o, nell’altra forse preferibile variante, a *bilanciamenti/contemperamenti/conflitti tra* diritti/principi fondamentali)...

Ecco, a queste riflessioni, riprese nella sostanza (e in parte testualmente) da quanto avevo detto e scritto nel 2011 (o prima), mi sentirei solo di aggiungere – e con questo mi avvio davvero a concludere – che nel frattempo, con l’ordinanza n. 207 del 2013⁸⁸, la Corte costituzionale ha davvero, come è noto, effettuato il suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nell’ambito di un giudizio *in via incidentale*⁸⁹, rendendo forse (insieme ad altri elementi oggettivi in parte richiamati in precedenza) più credibili e di maggior interesse pratico quelle che avrebbero potuto altrimenti sembrare⁹⁰ delle “elucubrazioni” astratte scollegate dalla realtà (o almeno dalla “realtà presente”)⁹¹. E la stessa sentenza n. 187 del 2016, con la

⁸⁸ Sulla ordinanza n. 207 del 2013 cfr., tra gli altri, A. Cerri, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 2897 ss.; A. Adinolfi, *Una “rivoluzione silenziosa”: il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale*, in *Riv. Dir. Intern.*, 2013, p. 1249 ss.; O. Pollicino, *From Partial to Full Dialogue with Luxembourg: The Last Cooperative step of the Italian Constitutional Court*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2014; L. Uccello Barretta, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale* in www.osservatorioaic.it, p. 143 ss.; A. Ruggeri, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, cit., spec. p. 44 ss.; L. Trucco, *I mutevoli equilibri del rinvio pregiudiziale: il caso dei precari della scuola e l’assestamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in www.diritticomparati.it; G. Repetto, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c’è mai fine ai nuovi inizi*, in www.diritticomparati.it; M. Losana, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti*, in *Rivista AIC*, 1/2014; C. Salazar, *La Corte costituzionale bussa ancora alle porte della Corte di giustizia dell’Unione europea: brevi note intorno alla questione pregiudiziale sui docenti precari nella scuola pubblica*, in www.confronticostituzionali.eu; E. Lupo, *L’evoluzione del dialogo tra le Corti*, in *Questione Giustizia*, 2014, I, p. 33 ss.; B. Guastaferrò, *La Corte costituzionale e il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull’ordinanza n. 207 del 2013*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) e Id., *Il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 980 ss.

⁸⁹ Dopo averlo effettuato nell’ambito di un giudizio in via principale con l’ordinanza n. 103 del 2008 (sulla quale v. anzitutto i commenti di F. Sorrentino, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008* e M. Cartabia, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, entrambi in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, rispettivamente p. 1288 ss. e 1312 ss.; S. Bartole, *Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, p. 808 ss. e E. Cannizzaro, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE: l’ordinanza n. 103 del 2008*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, p. 7689 ss.)

⁹⁰ E che magari nel 2011 (ma anche prima, in occasione di interventi e scritti precedenti) a qualcuno saranno effettivamente sembrate...

⁹¹ Del resto può notarsi che, almeno in casi di questo tipo, la realtà è... quella che costruiamo! E, come si spera di aver mostrato, nessun ostacolo normativo e, a quanto pare, nessun insuperabile ostacolo a livello giurisprudenziale si frappone all’affermarsi in concreto di un “sistema operativo” quale quello qui descritto ed auspicato (per ragioni che dovrebbero risultare non solo chiare ma forse anche condivisibili proprio alla luce – se non altro – degli evidenziati rischi collegati a scenari alternativi).

quale la Corte costituzionale, ancor più recentemente, dà in qualche modo⁹² seguito alla sentenza con cui la Corte di giustizia ha nel frattempo risolto la questione interpretativa che le era stata sottoposta nel 2013⁹³, sembra confermare, pur nella sua problematicità sotto vari profili⁹⁴, la crescente “attualità” del quadro ricostruttivo qui delineato.

8. Conclusioni

A mo' di battuta conclusiva, vorrei arrivare a fare una rapidissima considerazione, che non vuole essere solo una metafora riassuntiva, ma vuole sfociare in un vero e proprio suggerimento pratico, che magari potrà essere utile nei prossimi anni per chi si accinge a svolgere la professione di magistrato.

Ricordo che (ormai non pochissimi) anni fa, in uno dei miei primi lavori, avevo avuto occasione di notare come, in conseguenza degli sviluppi dei due sistemi europei di tutela dei diritti (quello della CEDU e quello “cresciuto” in ambito comunitario, oggi eurounitario) tutti i giudici comuni sarebbero stati chiamati ad indossare non solo un doppio, ma addirittura un... quadruplo “cappello”, simboleggiante una sorta di loro quadruplici soggezione (ma anche di quadruplici responsabilità, e, volendo, quadruplici “potere”... potere-dovere naturalmente). E osservavo come, concretamente, i giudici fossero tenuti a “rendere conto”⁹⁵ delle proprie opzioni interpretative (e in genere ricostruttive e applicative del diritto nel suo complesso⁹⁶) a

⁹² “In qualche modo” perché il nostro giudice costituzionale sembra aver mostrato, per così dire, un ampio grado di autonomia nella sentenza in discorso, e soprattutto nella sua motivazione (peraltro direttamente richiamata dal dispositivo, riponendosi anche sotto questo profilo vecchie ma sempre attuali questioni che si potrebbero forse approfondire). Per una analisi fortemente critica della sentenza n. 187 cfr. R. Calvano, “*Cattivi consigli*” sulla “buona scuola”? La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di giustizia sul caso Mascolo, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2016.

⁹³ Sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 2014, in cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, Mascolo ed altri.

⁹⁴ Nell'impossibilità di dilungarmi sulla citata sentenza in questa sede, rinvio appunto, se non altro, alle considerazioni critiche di R. Calvano, “*Cattivi consigli*” sulla “buona scuola”?, cit., che, a prescindere dalla possibilità di avanzare argomenti ulteriori e di segno anche parzialmente diverso, evidenziano aspetti di innegabile complessità e/o fragilità della motivazione della sentenza, delle sue implicazioni “ordinamentali” e delle soluzioni pratiche ivi adombrate.

⁹⁵ Sia pure in diversi modi, non sempre implicanti un rapporto diretto.

⁹⁶ Non solo della “legge”, a meno di attribuire a questo termine un significato amplissimo, comprensivo di qualsiasi fonte interna ed esterna, nonché di formanti non normativi. Cfr., a questo proposito, D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto: contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, ma anche A. Andronio, *Commento all' Art. 101*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2008, p. 1962.

diversi attori istituzionali, espressivi di altrettanti “sistemi legali”⁹⁷ nel rispetto dei quali, e per il rispetto dei quali, i giudici stessi (e i magistrati tutti) erano e sono chiamati ad operare:

1) in primo luogo, la Corte di Cassazione⁹⁸, in quanto custode dell’esatta interpretazione delle disposizioni normative prodotte dal legislatore nazionale;

2) in secondo luogo la Corte Costituzionale, quale garante della legittimità costituzionale delle leggi e, per tale via, della corretta interpretazione, attuazione e applicazione della Costituzione – ma talora anche, in qualche modo, della stessa legislazione ordinaria⁹⁹;

3) in terzo luogo la Corte di giustizia, per ciò che concerne l’interpretazione – nonché, indirettamente, le ripercussioni sulla normativa interna – del diritto comunitario/eurounitario (e dunque anche, per quanto ci interessa, della Carta dei diritti fondamentali);

4) e infine la Corte di Strasburgo¹⁰⁰, per quanto riguarda l’interpretazione e l’applicazione della CEDU (della quale i giudici degli Stati membri sono, secondo il ricordato principio di sussidiarietà che caratterizza il funzionamento di tale sistema, i primi “guardiani”).

Ebbene, ricollegandomi a queste vecchie riflessioni teoriche, e alla luce dei molti elementi oggettivi che ho brevemente richiamato nel corso di questa relazione, credo di poter oggi dire che una delle prime cose concrete da fare da parte di chi si accinge a svolgere il lavoro di magistrato – ecco il modestissimo suggerimento pratico cui facevo riferimento – potrebbe essere quella di mettere e tenere sempre ben in vista... sul *desktop* del proprio computer, oltre ai codici sostanziali e processuali di riferimento e al testo della Costituzione, anche il testo della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali (nonché, aggiungerei, i link alle banche dati della Corte costituzionale, della Corte Europea dei diritti dell’uomo e della Corte di giustizia).

E se quindici anni fa¹⁰¹ affermazioni come quelle poc’anzi ricordate potevano sembrare piuttosto stravaganti (considerando che anche della CEDU in quegli anni parlavano solo

⁹⁷ Tra loro tutto sommato integrati (o comunque, usando un termine non tecnico e meno impegnativo, fortemente “intrecciati”), e in ogni caso da ricondursi necessariamente ad “unità/coerenza di azione” in sede applicativa.

⁹⁸ O, per quanto di sua spettanza, al Consiglio di Stato.

⁹⁹ Alludendo qui alla tematica, ed alla pratica, dell’“interpretazione conforme a Costituzione”, che – per così dire – vede la Corte costituzionale “scendere” al piano dell’interpretazione delle leggi (in particolare mediante le sentenze appunto “interpretative”; ma talora anche tramite delle pregnanti decisioni di inammissibilità per omesso tentativo di interpretazione adeguatrice da parte del giudice rimettente); e, per altro verso, vede i giudici comuni “salire” al piano dell’autonoma interpretazione ed applicazione della Costituzione.

¹⁰⁰ Alla stregua di quanto la stessa Corte costituzionale ha poi avuto modo di affermare a partire dal 2007 (dapprima in termini più netti, successivamente in termini via via più articolati).

¹⁰¹ ...quando, ancora studente (ma già avviato a questo tipo di studi dal mio Maestro Giuseppe G. Florida), iniziavo ad occuparmi della Carta di Nizza, da poco adottata e ancora di ambigua e in ogni caso ridotta valenza giuridica (cfr. G.G. Florida, «*Nell’intenzion dell’artista, e agli occhi degli abitanti*» (osservazioni sulla “*Dichiarazione dei diritti*” di Nizza), in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, I, p. 163 ss. e volendo, per qualche cenno di riepilogo a distanza di alcuni anni sul ruolo della Carta e sul suo progressivo ma pur sempre parziale “sdoganamento giurisprudenziale”, V. Sciarabba, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le “clausole orizzontali” della Carta*

pochi internazionalisti e qualche sparuto costituzionalista o comparatista particolarmente “illuminato”), si potrà capire quanta soddisfazione possa adesso derivare dalla possibilità di offrire a una nuova leva di magistrati – penso ormai “credibilmente” e spero anche utilmente – queste sintetiche riflessioni e questo piccolissimo ed umile suggerimento pratico (che però, si potrà ben comprendere, è frutto ed indice di cambiamenti grandissimi e profondi nel nostro ordinamento giuridico e, conseguentemente, nei compiti della magistratura).

dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cit., e O. Pollicino, V. Sciarabba, *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, I, pp. 101-124).