

Il “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*

di

Alberto Randazzo*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari, di carattere generale, dal punto di vista della teoria della Costituzione. – 2. Ulteriore delimitazione dell’oggetto dell’analisi, alla luce della giurisprudenza costituzionale. – 3. Sul concetto di “tutela più intensa”. – 4. (Segue) ... ma come è possibile individuare la “tutela più intensa”? – 5. Tutela più intensa e Protocollo n. 16. – 6. Conclusioni: quale futuro per il principio della massimizzazione della tutela?

1. Considerazioni preliminari, di carattere generale, dal punto di vista della teoria della Costituzione

La scelta di dedicare questo breve studio al c.d. criterio della tutela più intensa ha alla base due motivazioni: per un verso, tale tema riveste una primaria importanza nell’ambito del diritto costituzionale e pubblico sia per ragioni di carattere teorico e sia per la schiacciante attualità che esso riveste in un contesto storico-sociale, qual è il nostro, connotato da sempre più pressanti istanze di tutela che si levano dai cittadini dovute a bisogni prima non avvertiti (ed oggi in grado di essere soddisfatti anche grazie al progresso tecnologico) in una società sempre più «individualizzata»¹. Per altro verso, questo tema costituisce un vero e proprio *leit motiv*, un filo rosso che attraversa tutta la riflessione di Antonio Ruggeri in merito ai rapporti tra Carte e tra Corti e, nello specifico, tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell’uomo (da ora, CEDU).

* Lo scritto costituisce l’*ed. maior* di un contributo destinato agli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, in corso di stampa.

* Ricercatore a t.d. di Istituzioni di diritto pubblico, presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche dell’Università degli Studi di Messina.

¹ Z. BAUMAN, *La società individualizzata*, Bologna 2002.

Riflettere sul «metapprincipio» (o «metacriterio»)² della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali significa, né più né meno, riflettere sulla ragion d'essere («l'essenza»)³ della Costituzione italiana (e di ogni Costituzione), se si pensa che proprio la tutela dei diritti e la separazione dei poteri sono gli elementi essenziali (direi, costitutivi) perché possa aversi, appunto, una Carta costituzionale. L'indicazione è quella – insuperata ed a tutti nota – della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, per la quale, come si sa, a norma dell'art. 16, la «garanzia dei diritti» è appunto una delle «gambe» sulle quali si regge una Costituzione⁴. A questo proposito, sembra che si possa dire che maggiore è la capacità di salvaguardia dei

² ... come lo ha tantissime volte definito A. RUGGERI; per il recente passato, v. almeno *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XXIII, Studi dell'anno 2015, Torino 2016, 284 ss. e, da ultimo, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XXIII, Studi dell'anno 2019, Torino 2020, v. *Pentole o ombrelli costituzionali*, 10 ss.; *Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, 61 ss.; *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, 169 ss.; *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna*, 202 ss.; *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, 361 ss.; *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, 401 ss.; *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, 530 ss.; *Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale*, 689; *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, 753 (e bibliografia *ivi*), nonché *La oscillante "forza normativa" della CEDU, vista dalla Consulta*, in www.rivistaoidu.net, n. 1/2020, 205 s.; *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in www.dirittifondamentali.it, n. 1/2020, 216; *La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*, in Consulta Online, n. 1/2020, 171; *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Diritti comparati*, 1/2020, 217; *Un'opportuna messa a punto dei rapporti tra CEDU e Costituzione, nella opinione di P. Pinto de Albuquerque in G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Diritti comparati*, 11 maggio 2020, 7; *Tre questioni in tema di mutamenti costituzionali*, in www.dirittifondamentali.it, n. 2/2020, 473, nota 18.

Si veda, poi, l'ampia (e più recente) letteratura in materia indicata in *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, 895 (nota 30).

Si precisa che tutte le opere di A. Ruggeri verranno citate, fatte salve quelle dell'anno in corso, dagli "Itinerari" (che tutte le racchiudono) e non dalle sedi di originaria pubblicazione.

³ A. RUGGERI, *Integrazione sovranazionale e democrazia parlamentare*, in www.dirittifondamentali.it, n. 1/2020, 777.

⁴ Sul punto, cfr. A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali*, cit., 41; ID., *I rapporti tra Corti europee giudici nazionali*, cit., 159; ID., *Le convenzioni costituzionali: regole della politiche in via di estinzione?*, in "Itinerari" (2020), cit., 487, e ID., *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in "Itinerari" (2020), cit., 855. Dello stesso A., v. anche *Il futuro dei diritti fondamentali*, cit., 40; *Giudice e giudici*, cit., 199, 209; *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in "Itinerari" (2020), cit., 306; *Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale*, in "Itinerari" (2020), cit., 684; *Rischi d'involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia*, in "Itinerari" (2020), cit., 824; *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria*, cit., 204.

diritti fondamentali altresì maggiore è il rispetto (e, quindi, l'attuazione) della previsione ora richiamata, ma soprattutto è migliore la capacità di una Costituzione a realizzare gli scopi fondamentali per la quale essa ha visto la luce, come adesso si tenterà di dimostrare. Com'è stato osservato da A. Ruggeri, «l'effettività dei diritti è il termometro che consente di stabilire se e quanto è davvero “costituzionale” l'ordinamento dello Stato e, più largamente, di una comunità politicamente organizzata»⁵.

Al netto di queste considerazioni, però, se caliamo la nostra riflessione nella realtà italiana, non è possibile fare a meno di attingere, ancora una volta, alla lezione dei Padri costituenti.

Rispetto alla Dichiarazione del 1789, alla quale con tutta evidenza si guardava, Giorgio La Pira rilevò che fosse necessario «parlare non soltanto allo Stato, per limitare la sua autonomia rispetto ai diritti della persona, ma anche alla persona per orientare la sua libertà e limitarla rispetto ai diritti della persona», secondo una concezione della libertà che potesse essere considerata non solo «negativa» (sulla scia dell'esperienza francese in base alla quale la libertà era da intendere «nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri»), ma anche «positiva» in quanto «finalizzata»⁶. I diritti, infatti, avrebbero dovuto concepirsi non solo per la realizzazione dei beni individuali dei cittadini, ma per il bene comune, che sarebbe dovuto «essere incrementato e promosso costantemente attraverso l'esercizio della libertà individuale»⁷, che quindi meglio si sarebbe potuto realizzare tanto più i diritti avessero trovato tutela.

D'altra parte, com'è noto, la nostra Costituzione ha preso vita proprio per riscattare il popolo italiano dalla durissima esperienza totalitaria che, come osservò lo stesso La Pira, «negò in radice l'esistenza dei diritti originari dell'uomo»⁸. Pertanto, il «compito [...] affidato alla nuova Costituzione italiana» fu proprio quello di «riaffermare solennemente i diritti naturali – imprescrittibili, sacri, originari – della persona umana e costruire la struttura dello Stato in funzione di essi».

⁵ A. RUGGERI, *Integrazione sovranazionale e democrazia parlamentare*, cit., 777.

⁶ Così, G. La Pira, l'1 ottobre 1946, in prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

⁷ A. Moro, 2 ottobre 1946, prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione

⁸ Sono queste le parole pronunciate da G. La Pira nella *Relazione* svolta nell'ambito della prima Sottocommissione.

Significativamente, l'on. Benvenuti, al termine di un discorso che ricevette molti consensi, esortò: «afferriamo dunque i diritti dell'uomo, riconosciamoli, muniamoli di una tutela sempre più intensa ed efficace»⁹.

Da questi pochi cenni, si ha conferma che tanto più i diritti costituzionali vengono tutelati tanto più la Costituzione viene "esaltata", raggiunge i suoi obiettivi, svolge il compito che le è stato affidato dai *Framers*; non a caso, proprio negli artt. 2 e 3 della Carta si potrebbe rinvenire, specificamente, il fondamento costituzionale del "metapprincipio" in discorso¹⁰, sebbene sia invero in tutta la Parte prima del dettato costituzionale che esso trovi continui appigli e costante (seppure implicita) copertura.

Spostando ora l'attenzione su un altro profilo, non v'è dubbio che lo scopo del Costituente, al fine di non lasciare vani i sacrifici di coloro che avevano fatto la Resistenza, fosse quello di portare finalmente la democrazia nel nostro Paese, che intanto si era "dato" – grazie al referendum istituzionale – la forma repubblicana. Tuttavia, se non v'era dubbio, quindi, che si volesse assegnare il "governo" al popolo (nel senso etimologico del lemma "democrazia"), al tempo stesso i Padri ebbero cura di precisare che la sovranità popolare dovesse incontrare i limiti che la Costituzione stessa avrebbe fissato; tra questi, senz'altro, vi sarebbero dovuti essere quelli imposti dalle regole della rappresentanza politica, ma anche quelli provenienti dalle organizzazioni internazionali volte a favorire la pace e la giustizia fra le nazioni (v. art. 11 Cost.). Al riguardo, sembra opportuno soffermarsi un attimo.

Per prima cosa, occorre notare che i valori adesso richiamati appaiono inscindibilmente legati: non può esserci pace senza giustizia (in quanto l'ingiustizia provoca rivolte e conflitti) e non può esserci giustizia senza pace (in quanto condizioni di guerra o, comunque, di frammentazione sociale non possono che provocare ingiustizie all'interno di una compagine sociale). In altre parole, pace e giustizia si implicano a vicenda e la tutela dell'una favorisce anche quella dell'altra, creandosi così i presupposti perché entrambe possano inverarsi¹¹.

⁹ Ass. Cost., sed. pom. del 17 marzo 1947.

¹⁰ ... come ha rilevato plurime volte A. RUGGERI e, da ult., in *Tecniche decisorie e "forza normativa" della Carta di Nizza-Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it, 8 aprile 2020, 4, e ID., *Tre questioni*, cit., 484.

¹¹ Cfr. A. RUGGERI, *Costituzione e rapporti interordinamentali*, cit., 402 ss.

Come mai, il Costituente tra tutti i valori possibili pensò proprio a quelli richiamati nell'art. 11 Cost. per dotarli di una forza tale da (e quindi per renderli capaci di) provocare limitazioni di sovranità statale? Perché la pace e la giustizia appaiono così importanti per il discorso che si sta facendo?

Com'è noto, quella previsione costituzionale fu pensata per favorire l'adesione dell'Italia all'ONU, il che avrebbe consentito di respingere «ogni minaccia di rinascente nazionalismo», oltre che alla NATO in considerazione della collocazione internazionale del Paese; se si pensa che quest'ultimo, come accennato, era stato già tristemente conosciuto ed aveva provocato la negazione dei diritti dei cittadini, dovette sembrare che «lo storico e concreto interesse dell'Italia» fosse da ravvisare nel «rispetto dei valori internazionali»¹². La pace e la giustizia, insomma, per scongiurare i fantasmi di quel recente passato; la pace e la giustizia, inoltre, quali condizioni di contesto necessarie per attuare tutta "l'idea" di Costituzione alla base dell'"impalcatura" che si stava faticosamente costruendo¹³. La pace e la giustizia, in definitiva, al servizio della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo e dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà (art. 2 Cost.) nonché, quindi, dell'inveramento dei valori di libertà, eguaglianza e dignità, veri e propri "pilastri" e "fondamenta" di quella "casa comune" che sarebbe dovuta divenire la Carta costituzionale. Questo era l'"orizzonte" verso il quale guardavano i Costituenti e che ancora oggi appare quello a cui tendere.

Prima di procedere oltre, è necessario appuntare l'attenzione su un altro aspetto che – nell'ambito del discorso che si vuole qui sviluppare – può avere un qualche rilievo.

Il testo costituzionale contiene diverse testimonianze del fatto che chi lo ha scritto (ed anche chi lo ha revisionato) fosse ben consapevole che esso non potesse dire "tutto su tutto"; in altre parole, la Carta è stata fatta con l'idea di lasciarsi integrare da fonti diverse. Se una tale possibilità è stata concessa è, con molta evidenza, perché la Costituzione è stata considerata "bisognosa" di farsi completare e arricchire per

¹² M. RUINI, *Relazione illustrativa del Progetto di Costituzione della Repubblica italiana*.

¹³ Cfr. A. RUGGERI, *La oscillante "forza normativa" della CEDU*, cit., 205.

raggiungere i suoi scopi, tra i quali – *in primis*, come tutti sanno – vi è la valorizzazione e la tutela della persona e, quindi, dei suoi diritti¹⁴.

Nel capovolgimento della prospettiva che aveva drammaticamente caratterizzato il ventennio fascista, per influsso del personalismo francese (in particolare, di Mounier e di Maritain), la Costituzione italiana, come ebbe a dire Giorgio La Pira, si pose su nuove basi: «*Lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato*: ecco la premessa ineliminabile di uno Stato essenzialmente democratico». Secondo l'illustre esponente del gruppo dei "professorini" (lemma che, ben lungi dallo sminuirne il ruolo, esaltava la levatura dei "dossettiani"), il fine della Costituzione «è costituito dalla tutela dei diritti della persona umana e delle comunità naturali, nelle quali essa organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona»¹⁵; la persona, infatti, si pone «al più alto gradino nella scala dei valori»¹⁶, da ciò derivando che «preliminare ad ogni altra esigenza è il rispetto della personalità umana»¹⁷, le cui «rivendicazioni»¹⁸ sono messe in risalto nel dettato costituzionale.

Che senso avrebbero, infatti, le aperture che si evincono dagli artt. 10, 11, 117, I comma, (e, per certi versi, 119, I comma, e 120, V comma) a favore di fonti del diritto "altre", siccome collocabili sul livello sovranazionale e su quello internazionale, se non quello appunto di servire la Costituzione stessa e i suoi fini? In altre parole, l'impronta "personalista" della Costituzione italiana unitamente alla congenita attitudine di quest'ultima ad "aprirsi verso l'esterno" offrono la dimostrazione che obiettivo della Carta fosse (e sia) quello – com'è ovvio – di realizzare al meglio i suoi scopi (tra i quali vi è quello, primario, di tutelare il più possibile i diritti inviolabili della persona umana) "facendosi aiutare" da tutti i documenti normativi che si dimostrino in grado di contribuire a sostenere la "causa" del Costituente.

¹⁴ Pure sul principio personalista v. A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XVII, *Studi dell'anno 2013*, Torino 2014, 189 ss. Tra gli altri, v. almeno A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in [Consulta Online](#), n. II/2019, 359 ss.

¹⁵ G. LA PIRA, *Relazione*, cit.

¹⁶ ... secondo le parole di Benvenuti del 17 marzo 1947, nella seduta pomeridiana dell'Assemblea Costituente.

¹⁷ M. RUINI, *Relazione*, cit., nella quale si legge pure che "la costituzione italiana ha, come vedemmo, due note fondamentali: lo sviluppo della personalità e la partecipazione di tutti i lavoratori alla gestione della società".

¹⁸ *Ibidem*.

Alla luce di quanto detto, ripudiata l'idea di una "Costituzione totale"¹⁹, il principio della massimizzazione della tutela sembra essere "in re ipsa" fra le trame della fonte "super-primaria" del nostro ordinamento; ma, se è così, ciò vuol dire che l'individuazione della maggiore intensità della protezione dei diritti "passa" da una relazione tra la nostra Carta e fonti diverse. D'altra parte, si può parlare di un "massimo" (di tutela) solo se c'è un "minimo", di un "maggiore" se c'è un "minore", il che implica necessariamente un confronto tra la Costituzione e fonti di vario tipo. Quanto ora detto, però, comporta anche l'astratta possibilità che non sempre sia la fonte interna (compresa, ovviamente, la Costituzione) a riuscire a prestare compiuta attuazione al "meta-principio" al quale è dedicata questa breve riflessione.

Infine, non si trascuri il fatto che taluni diritti non esplicitati nella nostra Carta trovano riconoscimento (e garanzia) proprio in trattati internazionali (o in protocolli ad essi annessi) venuti alla luce dopo il 1948, pure necessariamente (e positivamente) condizionati da talune "conquiste" che, ad es. sul piano del progresso scientifico, i Framers non potevano neanche immaginare. Se si considera anche questo aspetto, ben si comprende come la clausola "aperta" dell'art. 2 Cost. possa riempirsi di più pregnante significato e "completarsi" grazie proprio all'apporto di documenti di natura sostanzialmente costituzionale (quali le "Carte dei diritti") che «si integrano reciprocamente nell'interpretazione», come ha significativamente rilevato il giudice delle leggi nella nota sent. n. 388/1999, pronuncia peraltro che offre sostegno al pensiero di A. Ruggeri in materia²⁰.

¹⁹ Cfr., di recente, A. RUGGERI, *I rapporti tra Corti europee*, cit., 188; ID., *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*, in "Itinerari" (2020), cit., 249; ID., *Teoria generale del diritto*, cit., 373 ss., e spec. 378 s.; ID., *Costituzione e rapporti interordinamentali*, cit., 425; *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria*, cit., 214.

²⁰ Per richiamare solo gli studi più recenti di A. RUGGERI, cfr. *Pentole o ombrelli costituzionali*, cit., 11 s.; *Il futuro dei diritti fondamentali*, cit., 61 (nota 62); *I rapporti tra Corti europee giudici nazionali*, cit., 149 s., 178; *Giudice e giudici*, cit., 193; *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 241 s.; *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in "Itinerari" (2020), cit., 257; *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale*, cit., 378 (nota 84); *Costituzione e rapporti interordinamentali*, cit., 414; *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali*, cit., 537; *Conflitti tra norme euounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di costruzione*, in "Itinerari" (2020), cit., 640; *Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale*, cit., 693; *Forme e limiti del primato del diritto euounitario*, cit., 752, 775; *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 856; *Diritto giurisprudenziale e diritto politico*, cit., 910; *La*

2. *Ulteriore delimitazione dell'oggetto dell'analisi, alla luce della giurisprudenza costituzionale*

Volendo adesso meglio precisare l'oggetto di questa indagine, occorre chiarire che il criterio della tutela più intensa verrà qui studiato alla luce dell'uso che di esso ha fatto la Consulta in relazione alla CEDU, fonte esterna che ha senz'altro quella «vocazione costituzionale» di cui discorre, seppure a proposito di altra Carta, il giudice delle leggi nella sent. 194/2018²¹. Sarà quindi necessario ripercorrere, anche se brevemente, la giurisprudenza costituzionale in materia, in modo da verificare in che misura esso sia stato preso in considerazione, al fine anche di prospettare possibili scenari futuri che possano riguardarlo.

Di «massima espansione delle libertà costituzionali», com'è noto, parlava già Paolo Barile nell'ormai lontano 1984²², ma è in particolare con la giurisprudenza costituzionale sulla CEDU che esso è venuto particolarmente alla ribalta.

Come tutti sanno, la svolta che si è avuta nel 2007 in merito ai rapporti tra CEDU e diritto interno, con le note sentenze “gemelle” (la n. 348 e la n. 349), ha dato avvio ad un “processo” che è ancora in corso e che – si presume – è ben lontano dall'assestarsi. È già nella prima delle due decisioni ora richiamate che è sembrato fare capolino il principio in parola, sebbene – com'è noto – sia stato con le “seconde gemelle” di due anni più tardi (sentt. nn. 311 e 317/2009), e spec. nella seconda delle due, che il riferimento alla più intensa tutela quale “canone” regolatore si è imposto con particolare vigore. Ma procediamo con ordine.

In un *obiter dictum* della sent. n. 348/2007, il giudice delle leggi ha rilevato che il «controllo di costituzionalità delle leggi nazionali» nel rapporto con la CEDU (come interpretata dalla Corte di Strasburgo) «deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto

oscillante “forza normativa” della CEDU, cit., 200; Tecniche decisorie e “forza normativa”, cit., 5; Un'opportuna messa a punto dei rapporti tra CEDU e Costituzione, cit., 8.

Facendo un passo indietro, richiami alla decisione in parola si avevano, ad es., già nel 2011 in *La Corte costituzionale “equilibrata” tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XV, Studi dell'anno 2011, Torino 2012, 470.*

²¹ P. 5.4 del *cons. in dir.*

²² P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 41.

dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione»²³. Il rilievo di questo passaggio (che troverà una sua esplicazione nelle successive sentenze, come ha più volte fatto notare A. Ruggeri) sta nel fatto che, rispetto ad una impostazione dei rapporti tra ordinamento interno e "sistema-CEDU" basata essenzialmente su un criterio formale- astratto, sul quale la pronuncia in parola sembra basarsi in prevalenza, la Corte (opportunamente e ragionevolmente) accoglie un più "elastico" canone "assiologico- sostanziale", che avrebbe sviluppato – almeno in parte – negli anni a venire; com'è palese, con il richiamo al «ragionevole bilanciamento», infatti, la Consulta ha aperto ad esiti non scontati i confronti tra le leggi nazionali e la CEDU, riconoscendosi la possibilità di impostare le relazioni tra le fonti in questione non in modo rigido, come sarebbe stato se avesse fatto uso solo di un criterio meramente gerarchico. Al riguardo, A. Ruggeri²⁴ non ha mancato di rilevare che, comunque, tale apertura alla "sostanza" nell'ambito di un impianto motivazionale improntato prevalentemente sulla "forma", quale criterio-guida dei rapporti tra CEDU e diritto interno, sia apparsa «spuria e fuori centro (per quanto [...] particolarmente apprezzabile)», inserendosi quindi a fatica nella costruzione che la Corte sembrava avere privilegiato nella decisione n. 348. Così facendo, quindi, com'è stato rilevato²⁵, la Consulta (si) stava lasciando la possibilità di rivedere quell'impostazione, caldeggiata nella sentenza ora richiamata, in base alla quale la Convenzione si sarebbe dovuta attestare su una posizione (sempre e comunque) "mediana" tra Costituzione e leggi; questa previsione, di fatto, almeno in parte, si è avverata.

Se è senz'altro vero che, in merito al rango da riconoscere alla CEDU, la Corte non si è mai discostata dal suo originario orientamento in forza del quale essa sia da considerare fonte interposta, è anche vero che in più circostanze, a partire proprio dalle sentenze del 2009, il giudice delle leggi ha avuto occasione di adottare, in modo meno sibillino ed anzi alquanto chiaro, una prospettiva (maggiormente) sostanzialistica (che

²³ Corte cost. n. 348/2009, p. 4.7 del *cons. in dir.*

²⁴ A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologica- sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, ora in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XI, *Studi dell'anno 2007*, Torino 2008, 495.

²⁵ A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità*, cit., 496.

formalistica) dei rapporti tra fonti, mirata ad individuare in quale di queste ultime “riposasse” la tutela più intensa dei diritti di volta in volta in campo. Sebbene le fonti prese in considerazione dalla Consulta siano sempre state la CEDU (da una parte) e le leggi (dall'altra), non sembra che ci si possa esimere dall'usare il criterio in parola anche nei rapporti tra la CEDU e la Costituzione, così mettendo necessariamente in discussione anche la posizione, all'interno del nostro ordinamento, della prima.

Non è priva di significato, poi, la notazione della Corte costituzionale nella sent. n. 349/2007 ove si legge che ad essa spetta verificare – nel caso in cui venga sollevata una questione di legittimità costituzionale – se le norme della CEDU siano in grado di offrire «una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana», al fine di evitare un *vulnus* della Carta. Da quanto ora detto sembra che la Consulta non escluda *a priori* che la Convenzione possa anche innalzare il livello di protezione dei diritti assicurato dalla nostra “fonte delle fonti”, tanto è vero che per evitare che quest'ultima venga intaccata è necessaria quella “equivalenza” di cui si è ora detto (di conseguenza, com'è ovvio, una più ampia tutela dei diritti – di “provenienza” esterna – non creerebbe alcun problema alla Costituzione).

In ogni caso, la (apparente) rigidità mostrata in materia dal giudice delle leggi nel 2007 sembra “ammorbidirsi” due anni più tardi; che possa parlarsi di una vera e propria “rottura” con il passato è forse troppo azzardato (se non per alcuni versi)²⁶, certo è che un cambio di prospettiva (o, se si preferisce, di toni) si può rilevare. In questo senso, allora, potrebbe dirsi che nelle pronunce del 2009 siano presenti sia «conferme» che «novità»²⁷ rispetto agli anni precedenti.

È infatti con la sent. n. 317/2009 che il criterio della tutela più intensa viene affermato con particolare forza, sebbene anche nella sent. n. 311 si trovino significative

²⁶ O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 16 dicembre 2009, § 1, ha fatto notare che per alcuni aspetti le sentenze del 2009 appaiono in continuità e per altri in rottura.

²⁷ A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIII, *Studi dell'anno 2009*, Torino 2010, 539 ss.; novità vengono rintracciate, tra gli altri, anche da F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il «margine di apprezzamento» statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 6/2009, 4775 ss.

tracce di esso. In quest'ultima, la Corte sembra avere chiaro che la CEDU – pur sempre come interpretata dal “suo” giudice – possa offrire, in alcuni casi, una disciplina maggiormente garantista rispetto alla legislazione interna. Facendo eco alla sent. n. 349 sopra ricordata, si legge che quando essa viene chiamata in causa deve verificare «che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53»²⁸.

Con la sent. n. 317/2009, come si diceva, il giudice delle leggi ha chiarito ulteriormente che il rispetto degli obblighi internazionali (e quindi anche della stessa CEDU) non può mai causare una diminuzione di tutela rispetto a quella già predisposta, di volta in volta, dall'ordinamento, ma può solo «costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa»²⁹. Ancora una volta si è prevista la possibilità che una fonte esterna possa essere più “utile” sul piano della protezione dei diritti in “gioco” rispetto alle fonti interne (Costituzione compresa).

In questa decisione, come si può notare, la Corte sembra fare intendere che il rapporto tra fonti esterne ed interne si gioca non tanto sul piano della “forma” ma su quello della “sostanza” (o su entrambi)³⁰, in tal modo portando ad ulteriore svolgimento il discorso avviato due anni prima, sebbene non propriamente ad un cambio di paradigma (sul punto, tuttavia, la dottrina è apparsa divisa). Ecco perché a me pare preferibile dire che se non è un'assoluta novità la prospettiva adottata dalla Consulta nel 2009, è però certo che – a due anni di distanza – le sentenze “gemelle” siano apparse più “mature”; è come se le decisioni del 2007, già solo a distanza di due anni, abbiano, in parte, mutato i tratti fisionomici, evolvendosi. Come dire, sono

²⁸ V. p. 6 del *cons. in dir.* La “diversa ipotesi” di cui discorre la Corte è appunto quella dell'art. 53 della CEDU, in base al quale – come si sa – la Convenzione non può limitare la tutela dei diritti sancita negli ordinamenti degli Stati contraenti, da ciò deducendosi (sulla base di una interpretazione letterale della previsione in discorso) che la CEDU può solo ampliare quella tutela o, quanto meno, garantirne una equivalente.

²⁹ V. p. 7 del *cons. in dir.*

³⁰ Cfr. quanto osserva anche il giudice P. PINTO DE ALBUQUERQUE nell'opinione a Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia*, p. 14 (annotata da A. RUGGERI, *Un'opportuna messa a punto dei rapporti tra CEDU e Costituzione*, cit.).

A giudizio di G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli 2011, 3411, «i criteri formali e sostanziali» appaiono «necessariamente complementari» e quindi «inscindibili».

sempre loro (non è mutata la loro "identità" di fondo), ma si sono sviluppate nel ragionamento e nell'*iter* motivazionale.

La questione cruciale, ad ogni buon conto, appare un'altra: la Corte sembra ben consapevole che sia necessario individuare di volta in volta la fonte in grado di prestare il migliore appagamento dei diritti in gioco; se si condivide quanto appena detto, è ovvio che (pure) secondo la Consulta la fonte maggiormente garantista non sempre (e necessariamente) debba essere quella interna. Essa, infatti, è da ricercare caso per caso ed a questo arduo (ma prezioso) compito, oltre alla Corte stessa, sono chiamati *in primis* i giudici comuni, coloro che stanno "in trincea" perché tenuti a risolvere i molteplici conflitti tra interessi (e quindi tra valori) che nel quotidiano svolgersi dei rapporti sociali sorgono³¹; accanto a loro, com'è ovvio, un ruolo fondamentale è chiamato a svolgere il legislatore, specie nei casi in cui viene riconosciuto un certo margine di apprezzamento in capo agli Stati.

La Corte, opportunamente, chiarisce che così come non può consentire che il rispetto degli obblighi internazionali e dei vincoli comunitari (*ex art. 117, I comma, Cost.*) comporti una tutela dei diritti inferiore a quella già prevista in ambito interno, allo stesso modo non «può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale»³². In questo senso, allora, la CEDU e la Costituzione devono essere "maneggiate" (e confrontate) in modo tale che da esse si ottenga la «massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti»³³. Quell'"anche" fa pensare che non per forza debbano venire in gioco le "potenzialità" contenute nella Costituzione, ma solo quando esse siano necessarie per innalzare il livello di tutela. Come dire: negli altri casi ci "pensa" la CEDU (sempre, ovviamente, secondo l'interpretazione datane a Strasburgo).

Il giudice delle leggi, poi, ha specificato che «nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti,

³¹ Cfr. G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Torino 2016, 1486 ss. (e spec. 1502).

³² P. 7 del *cons. in dir.*

³³ P. 7 del *cons. in dir.* (c.vo aggiunto).

cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela». Questa sottolineatura è assai importante perché consente di fissare un primo ed importante "paletto": l'individuazione della tutela più intensa deve essere valutata alla luce di tutti gli interessi che possono finire per essere (anche indirettamente) coinvolti (e pregiudicati) dall'individuazione (e quindi dall'applicazione) di quella norma nella quale si ritiene che riposi, appunto, la maggiore intensità della tutela.

Infatti, «la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»³⁴; se la Corte EDU è un "giudice del caso"³⁵, le «autorità nazionali» – come rileva la Consulta – devono curare che la tutela di alcuni diritti non avvenga «in modo squilibrato» e non comprometta la salvaguardia di altri diritti. Il fatto che poi la Consulta aggiunga che è necessario che «dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana [debba] derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali»³⁶ conferma quanto detto in apertura del presente scritto e cioè che le fonti di diritto interno (tra le quali la Costituzione) appaiano bisognose di confrontarsi e, se del caso, integrarsi con le fonti esterne (come la CEDU)³⁷. Se si parla di «plus di tutela» è perché la protezione dei diritti, che di volta in volta vengono in rilievo, aumenta grazie all'integrazione del parametro costituzionale con la Convenzione; ciò, pertanto, significa che quest'ultima può essere in grado di offrire, appunto, una tutela più intensa.

Quanto detto si può sintetizzare in tre punti fondamentali: 1) i rapporti tra le Carte (in questo caso, CEDU e Costituzione) devono essere regolati in funzione della massima espansione della tutela dei diritti; 2) quest'ultima deve essere individuata tenendo conto dell'intero sistema dei diritti costituzionali, andando oltre quelli relativi

³⁴ P. 7 del *cons. in dir.*

³⁵ ... ed infatti essa non sembra guardare al "sistema", come rileva numerosa dottrina (per tutti, E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 7/2010, 961 s.).

³⁶ P. 7 del *cons. in dir.*

³⁷ Discorre di un ruolo «sussidiario» delle Carte dei diritti A. RUGGERI, *La oscillante "forza normativa" della CEDU*, cit., 206 ss.; tale ruolo viene favorito anche dal fatto che esse vengono recepite con leggi ordinarie (come tali, tipizzate nella competenza), il che è garanzia che esse siano frutto di una «corretta ricognizione operata dei bisogni elementari dell'uomo».

al singolo caso e provocando il minor costo per la Costituzione³⁸; 3) può ben essere la CEDU ad offrire una tutela più intensa dei diritti rispetto alla Carta, altrimenti non si spiegherebbe neanche la necessità di integrare il parametro costituzionale.

È certo che l'atteggiamento manifestato dalla Consulta nelle decisioni delle quali si è ora detto sia scervo da forme di sterile "patriottismo costituzionale", estraneo al testo della Carta repubblicana³⁹ (essendo, infatti, in contrasto con lo spirito impresso dai Costituenti) e che a niente porterebbe nella fase di inarrestabile globalizzazione (anche del diritto) che viviamo. In essa appare cruciale, invece, disporre di meccanismi che favoriscano l'universalizzazione della tutela dei diritti fondamentali (da considerare, appunto, «nel complesso»: p. 7 del cons. in dir.) e l'integrazione tra gli "ordinamenti". Ecco perché l'impostazione adottata dalla Corte è stata salutata con particolare favore da una gran parte della dottrina, seppure ad essa non sia stato dato il seguito che – almeno a mio avviso – avrebbe meritato.

In estrema sintesi, volgendo lo sguardo alla giurisprudenza costituzionale successiva a quella fin qui richiamata, sembra che quel coraggio manifestato dalla Corte nella sent. n. 317 non sia ravvisabile in occasione delle sentt. nn. 93/2010⁴⁰ e 80/2011⁴¹; rimane il dubbio che, ritornando ad una impostazione più orientata alla forma che alla sostanza, il giudice delle leggi abbia voluto "aggiustare il tiro", quasi come se si fosse reso conto di essersi "allargato" un po' troppo nel 2009. Tuttavia, la

³⁸ Cfr. A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno*, cit., 549; ID., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, ora in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIV, *Studi dell'anno 2010*, Torino 2011, 323, ID., *L'interpretazione conforme a CEDU*, cit., 286 ss.; ID., *Pentole o ombrelli costituzionali*, cit., 13 (v. anche la nota 22, ove si riporta la giurisprudenza costituzionale rilevante in merito).

Sul punto, tra i tanti, si veda anche P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale. Ordinamento interno e diritto internazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, a cura di R. Romboli, Torino 2011, 323; R. ARTARIA-G. D'ELIA, *Il principio internazionalista nel sistema delle fonti e nei rapporti tra le Carte*, in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2011, 236.

³⁹ Cfr. A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano 2013, 212 ss.

⁴⁰ ... sulla quale v. A. GUAZZAROTTI, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, in www.forumcostituzionale.it, 16 aprile 2010.

⁴¹ ... sulla quale v. A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XV, *Studi dell'anno 2011*, Torino 2012, 109 ss. e, se si vuole, il mio *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in [Consulta Online, 16.6.2011](http://ConsultaOnline.16.6.2011).

sent. n. 113/2011⁴² mostra particolare interesse al fine che ci riguarda. Non potendo dedicare a tale decisione lo spazio che pure meriterebbe, sembra sufficiente ricordare che in essa – com'è noto – la Consulta ha affermato la prevalenza della giurisprudenza convenzionale, nel caso di contrasto di quest'ultima con quella nazionale penale, a motivo della violazione di una delle regole del giusto processo (art. 6 CEDU), tanto da prevedere una ipotesi di revisione del giudicato. Al di là del fatto che quanto ora detto appare conforme all'art. 46 CEDU (e quindi necessario per rispettare quest'ultimo), pare che il giudice delle leggi sia tornato a guardare ai rapporti (o i conflitti) tra "sistema-CEDU" e ordinamento interno da una prospettiva sostanzialistica; la prevalenza, infatti, delle sentenze della Corte EDU su quelle del giudice penale italiano induce a ritenere che nelle prime possa (o debba) individuarsi una tutela più intensa.

Prima di procedere oltre, occorre fare due osservazioni. Non si ritiene possibile motivare l'atteggiamento della Corte solo facendo leva sull'art. 46 CEDU; ragionando in questo modo, infatti, si dovrebbe dire che sempre e comunque la Convenzione richiederebbe di essere rispettata (anche solo per il fatto di essere stata ratificata) e non si spiegherebbe la collocazione sub-costituzionale della stessa, con il necessario rispetto da parte di quest'ultima nei riguardi dell'intera Carta costituzionale (e non dei soli principi) e con l'impossibilità di dare ad essa applicazione diretta. Questi, insieme ad altri, com'è noto, hanno costituito "punti fermi" dell'intera impostazione della Consulta in materia⁴³.

Per altro verso, però, volendo ritenere che la Corte, in occasione della sent. n. 113, sia tornata ad adottare il criterio della tutela più intensa, si dovrebbe rilevare che la revisione di una sentenza penale sarebbe necessaria solo nel caso in cui si ravvisasse in quella "esterna" una capacità di protezione maggiore dei diritti in campo. La revisione, infatti, non dovrebbe aversi sempre e comunque, ma occorrerebbe, al riguardo, una verifica di volta in volta. Una precisazione di questo tipo, però, non emerge dalla decisione della Corte.

⁴² ... sulla quale A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in "Itinerari" (2012), cit., 313 ss.

⁴³ Sul punto, sia consentito rinviare al mio *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano 2017, 129 ss.

Per concludere sul punto, una cosa è certa: al di là degli altri casi (precedenti o successivi) nei quali la Corte ha fatto ricorso al criterio della massimizzazione della tutela⁴⁴, con la sent. n. 113/2011, la Consulta, dando prevalenza alla giurisprudenza proveniente da Strasburgo, ha implicitamente riconosciuto che essa possa offrire una tutela ai diritti che non è in grado di prestare una decisione di un giudice interno.

Un cenno, poi, merita la sent. n. 49/2015⁴⁵, per la quale l'operatore interno sarebbe chiamato (si usa volutamente il condizionale) a seguire la giurisprudenza della Corte EDU solo in presenza di "sentenze-pilota" o di un orientamento consolidato⁴⁶; in questi casi, il primo non si potrebbe discostare dalle sentenze della seconda, ma ciò non toglie che – a mio avviso – sarebbe chiamato ad applicare (seppure non direttamente, ma "passando" da Palazzo della Consulta) una previsione convenzionale (pure non oggetto di sentenze-pilota o parte di un orientamento consolidato) nel caso in cui egli ravvisasse che essa sia in grado di offrire la tutela più intensa al diritto – tra quelli in gioco – meritevole della maggiore protezione perché "prevalente". Non si può escludere, poi, che pure una singola pronuncia del giudice di Strasburgo possa essere vincolante per l'operatore interno, come mostra Corte cost. n. 43/2018⁴⁷ (d'altra parte, quanto da ultimo detto appare del tutto ovvio se si considera l'art. 46 CEDU).

Assai significativa, infine, ai nostri fini è la sent. n. 25/2019⁴⁸, nella quale la Corte ha rilevato che – rispetto ai diritti di volta in volta in campo – la Costituzione e la CEDU offrono una «concorrenza di tutele», ma ciò non significa che queste ultime siano sempre «sovrapponibili». In molti casi, anzi, è ben possibile che vi sia uno «scarto

⁴⁴ Si vedano, ad es., le sentt. nn. 388/2011 e n. 223/2014. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia, cfr. G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino 2016, 712 ss.

⁴⁵ Al riguardo, v. A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XIX, *Studi dell'anno 2015*, Torino 2016, 157 ss., e ivi *L'interpretazione conforme a CEDU*, cit., 298 ss.; R. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in [Consulta Online](#), n. I/2015, 181 ss.

⁴⁶ Cfr. A. RUGGERI, *La oscillante "forza normativa" della CEDU*, cit., 193 ss. Si badi che sulla limitata vincolatività della giurisprudenza della Corte EDU solo in presenza dei casi qui ricordati non v'è alcuna traccia nella Convenzione stessa (v. A. RUGGERI, *Tecniche decisorie e "forza normativa"*, cit., e L. CASSETTI, *Diritti, Carte e politiche pubbliche*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1/2020, spec. 46 ss.).

⁴⁷ Al riguardo, ci si permette di richiamare il mio *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in www.rivistaoidu.net, 1/2019, 86 ss.

⁴⁸ Al riguardo, v. A. RUGGERI, *La oscillante "forza normativa" della CEDU*, cit., 206.

di tutele» tra le due Carte che è «rilevante soprattutto laddove la giurisprudenza della Corte EDU riconosca, in determinate fattispecie, una tutela più ampia», così confermando – a distanza di anni – quanto detto nella sent. n. 317/2019, in una linea di continuità che, invero, non sempre, negli ultimi tempi, era emersa. Oggetto della sent. n. 25 era proprio il caso in parola, quello cioè di una tutela più intensa offerta dalla Convenzione per il tramite della sua Corte.

Ciò che lascia perplessi è il seguito della decisione: nel richiamare la sent. n. 49/2015, il giudice delle leggi ricorda che non può esservi alcun «automatismo» a favore della CEDU, a motivo del «predominio assiologico della Costituzione» rispetto alla Convenzione, secondo quanto affermato nella sent. n. 49/2015. Pertanto, la Consulta limita la vincolatività della giurisprudenza di Strasburgo solo nelle ipotesi sopra indicate e in presenza di un «approdo giurisprudenziale stabile» (come si legge nella sent. n. 25, che fa rinvio alla dec. n. 120/2018). Rimane sempre ferma, poi, la necessità di assicurare una tutela sistemica in sede di bilanciamento; questa precisazione, posta subito dopo aver ammesso che la CEDU potrebbe offrire una tutela più ampia, “suona” in questo senso: potrebbe verificarsi che la più intensa tutela riposi nella CEDU, tuttavia se l’applicazione (sempre “indiretta”, ovviamente, ossia passando dalla Consulta) e la prevalenza di quest’ultima non dovessero soddisfare la condizione della tutela sistemica di cui si è detto, sarebbe necessario fare prevalere la Costituzione (che pure, in quel caso, offrirebbe una tutela meno intensa al singolo diritto).

Infine, suscita perplessità il riferimento operato dalla Consulta al «predominio assiologico» della Costituzione, quando la stessa Corte costituzionale ha ammesso l’eventualità che la CEDU o, in linea di principio, anche altre Carte dei diritti possano offrire a questi ultimi una tutela più “ampia”.

3. Sul concetto di “tutela più intensa”

È adesso il momento di provare a definire meglio cosa si intenda per “tutela più intensa”. Se questa è la prospettiva, almeno a mio avviso, dalla quale guardare il rapporto tra CEDU e diritto interno ed è quindi il criterio da adottare per risolvere le possibili antinomie che possano insorgere tra i due sistemi, occorre domandarsi come, in concreto, possa essere garantita (ed affermata) la massimizzazione della tutela. La

prima obiezione che si può muovere a questa impostazione (e quindi a questo canone) è che in una vicenda processuale nella quale il giudice comune, *in primis*, è chiamato ad individuare quale sia la fonte (interna o esterna) in grado di offrire il più elevato livello di protezione dei diritti sono sempre in gioco beni della vita costituzionalmente protetti che possono entrare in reciproco conflitto; è chiaro che non sempre è possibile garantire la massima tutela alle diverse posizioni processuali, perché offrendo la più ampia salvaguardia ad un diritto potrebbe risultare pregiudicato un altro. Non a caso, R. Bin, a proposito del criterio in parola, ha parlato di «pietosa menzogna», ritenendo che i diritti siano sempre «a somma zero», poiché – ovviamente – «l'aumento di tutela assicurato ad uno comporta una diminuzione di tutela per un altro»⁴⁹.

A mio modesto avviso, è possibile discorrere del criterio della “tutela più intensa” se si fa riferimento a quello strumento nelle mani dell’operatore del diritto che, come si accennava poco sopra, sia in grado di garantire il “miglior” bilanciamento possibile tra i valori in campo⁵⁰; in questo senso, allora, la «massima espansione delle libertà costituzionali» finirebbe per tradursi nel componimento più equilibrato possibile tra i diritti che, di volta in volta, si contrappongono. Occorre, infatti, essere consapevoli che la “massima” tutela non coincide con una salvaguardia “integrale” dei diritti⁵¹, ma con la maggiore protezione possibile ad un diritto alle condizioni di contesto e tenuto conto di tutti gli altri diritti in gioco. Non v’è dubbio che in ogni singola vicenda giudiziaria debba esserci una parte vincitrice ed una soccombente, in quanto una delle due ha violato il diritto e l’altra ha subito i danni che da tale

⁴⁹ R. BIN, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.rivistaaic.it, 1/2015, § 5. Dello stesso A., più di recente, v. *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, 63 ss.; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, n. 1/2019, 20 ss. In argomento, cfr. anche A. MORELLI, *Il principio personalista nell’era dei populismi*, cit., 364 s.; l’A. rileva come il principio personalista abbia un peso notevole sui «bilanciamenti costituzionali»; a suo avviso, il criterio della tutela più intensa «non appare inaccettabile perché irrispettoso del gioco “a somma zero” [...]. E ciò perché non tutti i beni indirettamente riconducibili a norme costituzionali hanno pari dignità nel gioco dei bilanciamenti [...]. Semmai, il limite del canone della massima espansione delle libertà è quello di offrire una rappresentazione sbilanciata, a discapito dei doveri, del principio personalista». Dello stesso A., v. *I diritti come ombrelli. Le implicazioni di una metafora*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti, C. Mainardis, Torino 2019, 725 ss., spec. 729 s.

⁵⁰ Cfr. M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2018, 14; A. RUGGERI, *Un’opportuna messa a punto dei rapporti tra CEDU e Costituzione*, cit., 7.

⁵¹ Sul punto, cfr. M. NICOLINI, *Il livello integrale di tutela come contenuto indefettibile dello statuto sovranazionale dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee*, cit., 413.

violazione sono derivati. D'altra parte, com'è noto, il giudice è chiamato a ristabilire l'ordine giuridico violato e quindi ad individuare, caso per caso, quale sia la norma giuridica che si debba applicare per la risoluzione della causa.

Se si parte da questo ovvio presupposto, a me pare che il canone in parola debba consentire al giudice di dare idonea soddisfazione alla parte in causa (a suo avviso) vittoriosa, limitando al tempo stesso il sacrificio della parte soccombente entro canoni di ragionevolezza. Ciò è quanto si avrebbe, di fatto, con l'applicazione dei «limiti ad un dato diritto, anche se previsti in uno solo dei due ordinamenti, perché da ciò deriva la tutela massima dei diritti antagonisti o concorrenti», che verrebbero garantiti in modo ottimale solo se quei limiti venissero interpretati «nella maniera più restrittiva possibile, così da garantire, nella misura massima possibile, le ragioni costituzionali e l'estensione della tutela che tale diritto ha nell'ordinamento che gli stessi limiti non prevede, ovvero il suo contenuto essenziale»⁵². Questa è solo una proposta operativa, che però dovrebbe essere messa alla prova dell'esperienza.

Ciò che senz'altro è da scongiurare è una «tirannia dei valori»⁵³ (o, meglio, di alcuni valori), seppure momentanea ed alternata (oggi uno e domani un altro), che sacrificerebbe il principio pluralista che “tinge” di sé l'intera Carta del '48. La prevalenza di un valore sull'altro è necessaria nella misura in cui è volta a ristabilire l'“equilibrio costituzionale” compromesso nel singolo caso; tuttavia essa non può avvenire in modo “tirannico” (come si avrebbe qualora un valore venisse “troppo” salvaguardato a scapito di tutti gli altri, anche di quelli dei soggetti terzi), perché altrimenti – in una sorta di eterogenesi dei fini – essa creerebbe un maggiore squilibrio rispetto a quello che intende contrastare.

Il criterio della “tutela più intensa”, quindi, richiede l'applicazione, da parte del singolo giudice o della stessa Corte costituzionale, della norma (interna o esterna) in grado di meglio garantire tale migliore bilanciamento; così facendo si avrebbe un equilibrio complessivo del sistema.

⁵² A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in [Consulta Online](#), 13 marzo 2020, 32; l'A., al riguardo, elabora la teoria della «massimizzazione del minor tutela».

⁵³ C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, Stuttgart 1967, trad. it. *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Milano 2008.

Tale criterio, pertanto, si traduce in una particolare forma di applicazione (in chiave non formale ma sostanziale) del criterio gerarchico, un «metacriterio»⁵⁴ in grado di mettere ordine (almeno) nei rapporti tra CEDU e diritto interno. Tuttavia, si dovrebbe accettare l'idea che di questo strumento si serva non solo la Corte costituzionale ma anche il giudice comune, il cui ruolo cruciale nella tutela dei diritti fondamentali è sotto gli occhi di tutti ed è irrinunciabile⁵⁵.

4. (Segue) ... ma come è possibile individuare la "tutela più intensa"?

Muovendo da quanto appena detto a proposito del significato da attribuire al canone in discorso e supponendo che sia condivisibile l'impostazione qui proposta, si pone ora un problema di non scarso rilievo, dalla cui risoluzione dipende anche la bontà (e la ragion d'essere) dell'idea di "tutela più intensa" qui esposta. Precisato cosa si intenda con questa espressione, occorre provare a comprendere sulla base di quali "parametri" sia possibile valutare e misurare l'intensità della tutela, al fine di individuare – come detto – quale fonte sia in grado di offrire quella massima⁵⁶.

Sul punto, ovviamente, la Corte costituzionale non dice nulla e non ci si poteva aspettare (o, addirittura, non si poteva pretendere) che lo facesse. Viene fornita solo quella indicazione (tutt'altro che irrilevante) della tutela sistemica, non frazionata, necessaria perché, a differenza della Corte EDU che è "giudice del caso", la Corte costituzionale (ma anche gli stessi giudici comuni) sono chiamati a "guardare" all'intero sistema dei diritti costituzionalmente garantiti. Tale precisazione costituisce l'indicazione di un primo "parametro" di riferimento.

Ciò che sembra un dato ineliminabile è il grado di indeterminatezza che si accompagna ad operazioni come quella volta ad individuare in quale fonte riposi la tutela più intensa; è chiaro che bisogna accettare l'idea di fare affidamento al prudente apprezzamento dei singoli giudici e quindi ad una certa dose di discrezionalità di

⁵⁴ A. RUGGERI, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali*, in "Itinerari" (2016), cit., 39; *ivi*, ID., *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, cit., 543 ss.; G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà*, cit., 707.

⁵⁵ Cfr. G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore*, cit., 1486 ss. Si sofferma, anche di recente, sul ruolo dei giudici A. RUGGERI, *Tecniche decisorie e "forza normativa"*, cit., 15.

⁵⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Conferme e novità*, cit., 421; ID., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 324 s.

questi ultimi. Non sembra infatti possibile rilevare l'intensità su un piano meramente oggettivo, essendo presente una componente soggettiva che è necessario mettere in conto.

A tal proposito, la pronta obiezione sarebbe quella che in tal modo si metterebbe in discussione la certezza del diritto⁵⁷; A. Ruggeri ha, però, fatto più volte notare che essa è ovviamente un valore meritevole della massima attenzione, ma è pur sempre un valore comunque bisognoso di essere sottoposto a bilanciamento secondo i casi con i valori restanti. In altre parole, la *certezza del diritto* potrebbe, talvolta, cedere il passo alla «*certezza dei diritti*», in tali casi essendo giustificata la soccombenza della prima a legittimo vantaggio della seconda⁵⁸; anzi, si potrebbe affermare che «la certezza del diritto costituzionale in senso oggettivo ha senso se ed in quanto si converta ed interamente risolva nella certezza dei diritti», altrimenti «si smarrirebbe la ragion d'essere della Costituzione»⁵⁹. A ciò si aggiunga che, al di là dell'ipotesi che si sta qui trattando, in non poche circostanze il giudice delle leggi è stato pronto a sacrificare la certezza del diritto a fronte delle esigenze (seppure legittime) del caso; è sufficiente pensare all'uso disinvolto che spesso è stato fatto delle norme processuali in occasione di sentenze manipolative “nel tempo”, con “buona pace” della rilevanza e dell'incidentalità (v., per tutte, la nota sent. n. 10 del 2015 sulla c.d. “Robin Tax”)⁶⁰. In ogni caso, il valore della certezza del diritto appare spesso (facilmente) sacrificato dagli

⁵⁷ Sul punto, da ultimo, v. A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali*, cit., 161 ss.

⁵⁸ In tal senso, si è espresso tante volte A. RUGGERI. Si veda, ad es., *La cedevolezza della cosa giudicata*, cit., spec. 320 ss.; *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in “*Itinerari*” (2016), cit., 630 s.; di recente, v. *Giudice e giudici*, cit., 201 s.; *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 244; *Teoria generale del diritto*, cit., 350 ss.; *Appunti per uno studio su memoria e Costituzione*, in “*Itinerari*” (2020), cit., 499; *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo*, cit., 550; *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudici di “costituzionalità-eurounitarietà”*, in “*Itinerari*” (2020), cit., 605; *Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale*, cit., 697; *La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici*, in “*Itinerari*” (2020), cit., 720; *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario*, cit., 766; *Diritto giurisprudenziale e diritto politico*, cit., 891 ss.

⁵⁹ A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali*, cit., 169.

⁶⁰ Al riguardo, ci si permette di rinviare al mio *In tema di manipolazione, per il passato, degli effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale (tra “diritto vivente” e prospettive di riforma)*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, a cura di P. Carrozza, V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi, A. Sperti, R. Tarchi, Pisa 2018, 353 ss.

operatori giuridici in genere, come in occasione delle abrogazioni tacite e delle normali dinamiche dell'interpretazione⁶¹.

Tornando adesso alla questione relativa ai "parametri" dei quali un giudice potrebbe servirsi nella ricerca della massima tutela, occorre provare ad immaginare le operazioni che sarebbe chiamato a fare il singolo operatore del diritto.

Per prima cosa, com'è ovvio, se il giudice deve individuare quali sia l'ordine giuridico violato al fine di ristabilirlo, è necessario individuare gli interessi contrapposti e decidere quale sia, di volta in volta, quello prevalente. Quest'ultimo sarà individuabile, infatti, tra quelli in conflitto, alla luce del diritto vigente e quindi della "combinazione" delle fonti rilevanti nel singolo caso.

Una volta individuati tutti gli interessi in campo e verificato quale – a dire del singolo giudice (o della Corte costituzionale) – sia quello "prevalente", occorre – come detto – accertarsi che non siano pregiudicati gli interessi dei terzi; a tal fine, sarebbe comunque da escludere che la tutela più intensa possa riposare in una fonte dalla cui applicazione venissero sacrificati, in modo indiretto e irragionevole, tali valori "altri" (anche dell'intera collettività). Qualora ciò dovesse accadere sarebbe necessario operare una delicata operazione di bilanciamento tra i vari interessi (o valori) coinvolti, al fine di trovare il più alto punto di sintesi. Al giudice, quindi, spetta il compito di "sistematizzare" plurimi interessi di rango costituzionale o, se si preferisce, di sottoporre alla "prova del sistema" le forme di tutela di un diritto ritenuto ingiustamente leso nel singolo caso.

Infine, secondo A. Ruggeri, un parametro da considerare potrebbe essere costituito dal "metavalore" della dignità, ritenuto «bilancia»⁶² sulla quale «si dispongono i beni bisognosi di ponderazione» (e quindi i diversi valori in campo), orientando l'operatore del diritto nella scelta della norma (interna o esterna) in grado di offrire la tutela più intensa; al tempo stesso, la dignità svolge, secondo l'A., un ruolo assai importante – potremmo dire, "a monte" – sul piano dell'interpretazione conforme alla quale, com'è noto, il singolo giudice è chiamato⁶³.

⁶¹ In argomento, v. A. RUGGERI, *Come costruire e preservare*, cit., 630 s. Da ultimo, cfr. anche A. RUGGERI, *Tecniche decisorie e "forza normativa"*, cit., 13.

⁶² ... secondo la nota e fortunata espressione di G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008.

⁶³ A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 324 s.

Se, per un verso, non v'è dubbio che la dignità può rivelarsi preziosa bussola a servizio del principio della massimizzazione della tutela, è anche inconfutabile che sia davvero arduo delinearne, dal punto di vista "oggettivo", un contenuto unico e condiviso da tutti i giudici nonché da tutte le Carte e le Corti (e quindi da tutti i sistemi) che si pongono a confronto (oltre che dai soggetti coinvolti nelle singole cause). Pertanto, se si condivide questa considerazione, sembra che il ruolo che pure senz'altro svolge la dignità umana possa essere in parte svilito da quel grado di indeterminatezza che sconta, necessariamente, una visione meramente (o principalmente) di tipo "soggettivo", il che – ricollegando il discorso a quanto detto prima – renderebbe ancora "più soggettiva" la valutazione dell'intensità della tutela.

In ogni caso, tutte le operazioni qui accennate richiedono, però, l'adozione di una prospettiva meno formalistica e più sostanzialistica dei rapporti tra i valori in campo; di conseguenza, le fonti messe a confronto dovrebbero essere poste sul medesimo piano, secondo una visione "orizzontale" e non "verticale" delle relazioni che intercorrono tra esse. Quanto ora detto, però, dovrebbe realizzarsi "ab origine" e non in un secondo momento per effetto dell'interposizione, che si ha quando la fonte esterna (nel nostro caso, la CEDU) si dimostri rispettosa dell'intera Carta costituzionale (e, come detto, non dei soli principi, opzione che chi scrive non vedrebbe con sfavore)⁶⁴. Sul punto, però, la Corte non ha mai manifestato cedimenti.

5. Tutela più intensa e Protocollo n. 16 (cenni)

Prima di concludere è opportuno accennare al noto Prot. n. 16⁶⁵, in Italia non ancora entrato in vigore, che si pone – ad avviso di chi scrive – quale altro prezioso strumento per l'attuazione del principio della massimizzazione della tutela e che quindi aggiunge (in teoria) un passaggio in più nell'ambito delle operazioni che, al

⁶⁴ Sul punto, da ultimo, cfr. anche A. RUGGERI, *La oscillante "forza normativa" della CEDU*, cit., 200.

⁶⁵ Da ultimo, v. A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit., 213 ss.; C. MASCIOTTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU alla prova dell'applicazione concreta e le possibili ripercussioni sull'ordinamento italiano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1/2020, 183 ss.

riguardo, sono chiamati a compiere i giudici⁶⁶, almeno alcuni; la Corte, peraltro, sembrerebbe esclusa da tale meccanismo⁶⁷. Certo è che esso «è destinato ad innovare in modo significativo i rapporti fra alte giurisdizioni nazionali e Corte Edu»⁶⁸.

Con tale Protocollo si intende dare l'opportunità alle Parti contraenti di richiedere pareri alla Corte EDU «su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli» (art. 1, I comma); questa possibilità viene riconosciuta alle «più alte giurisdizioni» (art. 1, I comma) che devono essere indicate al momento della ratifica da parte dello stesso Stato firmatario per mezzo di «lettera indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa» (art. 10). Sono inoltre necessarie l'attualità della richiesta (si deve trattare di una «causa pendente» dinanzi al giudice di Strasburgo) e la motivazione della stessa (art. 1, II e III comma). Anche i pareri, in tal modo resi, devono essere motivati (art. 4, I comma) e non sono vincolanti (art. 5).

Dalla ricezione del Protocollo, potrebbero derivare «non pochi benefici»⁶⁹ – come ha osservato anche da ultimo A. Ruggeri (sebbene una parte della dottrina non sia di questo avviso)⁷⁰ – al dialogo tra gli operatori interni e il giudice di Strasburgo, in tal modo potendosi mettere meglio a confronto il diritto nazionale (compresa la Costituzione) con la CEDU; un «salto di qualità», come lo ha definito l'allora Presidente della Consulta Lattanzi⁷¹. Com'è ovvio, quanto ora detto sembra funzionale proprio all'individuazione della fonte in grado di offrire la tutela più intensa nel

⁶⁶ Sul ruolo che il Protocollo può svolgere a tutela dei diritti, cfr., tra i tanti, R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in [Consulta Online, 18.05.2014](#), 5; ID., *Chi ha paura del Protocollo 16 – e perché?*, in [www.sistemapenale.it](#), 27 dicembre 2019, 7; C. MASCIOTTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU*, cit., 203.

⁶⁷ Sul punto, cfr. R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo"*, cit., 10 ss.

⁶⁸ R. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in [www.questionegiustizia.it](#), 29 gennaio 2019.

⁶⁹ A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali*, cit., 168.

⁷⁰ Si veda la letteratura indicata (a sfavore e a favore della suddetta ricezione) dallo stesso A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali*, cit., 168 (nota 31).

⁷¹ ... come ha ricordato M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto nel Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in [www.federalismi.it](#), n. 3/2019, 4.

singolo caso, in quanto frutto della «cooperazione tra le Corti è proprio il possibile (e non di rado riscontrato) innalzamento del livello di garanzia dei diritti»⁷².

Temere che il Protocollo possa arrecare più svantaggi che benefici sembra alquanto discutibile, frutto di una logica restia all'apertura verso l'esterno ed orientata a difendere l'antico dogma della sovranità, che invero appare in parte superato alla luce dei tempi che viviamo⁷³; com'è stato detto, «l'inquietudine rispetto a tale strumento non può dirsi meno intensa del gaudio rappresentato dalla possibilità di dialogare in via diretta con la Corte europea riconosciuta alle Alte giurisdizioni»⁷⁴. Il rispetto dei principi fondamentali, tra i quali – però – vi sono ovviamente anche quelli sanciti negli artt. 10 e 11 della Carta, costituisce l'unico baluardo ammissibile a difesa della sovranità e definisce l'«identità costituzionale» del nostro Paese⁷⁵. Il rischio che si corre se si spinge oltre un certo limite il ragionamento sulla sovranità è quello di cadere (*rectius*, scadere) in un sovranismo che non può trovare cittadinanza nella fase avanzata di integrazione degli ordinamenti e di globalizzazione⁷⁶ e che, pertanto, appare antistorico. Ciò non toglie che possano esservi alcuni «nodi problematici»⁷⁷ che però non sono tali da fare auspicare che il nostro Paese non giunga alla ratifica; sul punto, però, non è possibile intrattenersi in questa sede.

Ancora una volta, poi, viene in luce il ruolo centrale che le più «Alte giurisdizioni», chiamate a scegliere se (e quando) chiedere il parere alla Corte EDU ed in che misura darvi seguito⁷⁸; tuttavia anche i giudici di merito di primo grado, sebbene impossibilitati a rivolgersi direttamente alla Corte EDU, si ritiene che possano avvertire la “vicinanza” con il giudice di Strasburgo e questo può finire per incidere sul loro

⁷² A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali*, cit., 168.

⁷³ A proposito di paure, v. R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16*, cit. Su “vantaggi e limiti” del Protocollo in parola, v. la bibliografia indicata da A. RUGGERI, *La Consulta e il tiro alla fune*, cit., 724, nota 41; ID., *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario*, cit., 780, in nota 54.

⁷⁴ R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo”*, cit., 23.

⁷⁵ A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit., 213 ss., spec. 224.

⁷⁶ Cfr. R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo*, cit., § 7; A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit., 219 ss.

⁷⁷ Cfr. R. CONTI, *Il Protocollo di dialogo*, cit.

⁷⁸ Cfr. R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo”*, cit.; ID., *Il Protocollo di dialogo*, cit.

operato⁷⁹, considerato che essi sono i primi «ad individuare, maneggiare e conformare *in vivo* diritti fondamentali»⁸⁰.

Per il momento, possiamo solo attendere la ratifica del suddetto Protocollo da parte del nostro Stato; intanto, credo sia opportuno provare a fugare le non poche perplessità che intorno ad esso si agitano. Per fare questo, però, è necessario rimuovere, dapprima, eventuali pregiudizi verso l'«esterno» e non «assuefarsi» all'idea che la nostra Carta e la nostra Corte possano sempre fare tutto da sole quando sono in gioco i diritti fondamentali.

6. Conclusioni: quale futuro per il principio della massimizzazione della tutela?

È adesso giunto il momento di trarre qualche conclusione dal discorso fatto, ma non certo perché quest'ultimo possa dirsi chiuso ed esaurito. Anzi, è proprio questo il punto: a fronte dello «stato dell'arte» che qui si è succintamente esposto, quale sarà il futuro del principio della massimizzazione della tutela, nei limiti in cui possa sia pure approssimativamente delinearsi?

Com'è ovvio, ci muoviamo nell'ambito delle ipotesi e non è possibile predire il futuro, tuttavia alcuni elementi appaiono utili alla comprensione e all'immaginazione.

In primo luogo, come detto, il sempre più frequente ed impellente bisogno di tutela che sollecita le persone a rivolgersi ai giudici oltre ad accrescere il rilievo di questi ultimi richiede che essi si sforzino di offrire risposte adeguate a domande fra loro confliggenti. Non si può non tenere conto, poi, del fatto che oggi «la scrivania del giudice [sia] affollata da Carte dei diritti e da diritti»⁸¹, il che richiede un poderoso

⁷⁹ M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 54. Mette in luce la diversa condizione delle due categorie di giudici, A. RUGGERI, *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario*, cit., 782.

⁸⁰ R. CONTI, *Il Protocollo di dialogo*, cit. Peraltro, come osserva l'A., poiché lo Stato è chiamato ad offrire la massima tutela dei diritti, è «necessario che il dialogo [con la Corte EDU] coinvolga altresì la giurisdizione di merito».

⁸¹ La citazione quasi testuale è tratta da R. CONTI, *Ruggeri, i giudici comuni e l'interpretazione*, in www.giustiziasieme.it, 4 ottobre 2019, § 3 (ID., *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna? La scelta del tema*, in www.giustiziasieme.it, 10 aprile 2019; al riguardo, v. anche A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVIII, *Studi dell'anno 2014*, Torino 2015, 595; A. SAITTA, *Il concetto di “noi” e di “altri” nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, in

sforzo dell'operatore interno per barcamenarsi tra tutto questo materiale normativo e giurisprudenziale; ciò, con molta evidenza, implica l'utilizzo di "arnesi" da lavoro idonei ed uno fra questi potrebbe (e dovrebbe) senz'altro essere il principio che è ad oggetto di questo studio. Quanto ora detto appare avvalorato dalla circostanza che la crescente interazione (e integrazione) tra Paesi (e ordinamenti) richiede anche la necessità che si trovino punti di incontro fra gli stessi e questi non possono che essere trovati nelle sedi opportune, che non sono solo gli spazi delle istituzioni europee, ma anche le fonti di diritto internazionale pattizio. Se non si erra, quindi, facendo sintesi di quanto ora detto, il *trend* dovrebbe essere quello di una sempre maggiore valorizzazione delle Carte dei diritti, quale "luoghi" privilegiati di tutela dei diritti, peraltro sempre più attaccati da minacce che richiedono risposte di tipo globale.

A ciò si aggiunga che taluni eventi storici, quali l'entrata in vigore (anche in Italia) del Protocollo n. 16 o la prospettata adesione dell'UE alla CEDU, potrebbero creare le condizioni perché il criterio della tutela più intensa possa trovare maggiore spazio di utilizzo. A questo riguardo, però, non si può fare a meno di notare come il "destino" del "metapprincipio" in discorso sia "appeso" allo stesso filo sul quale si trovano i giudici nelle cui "mani" esso viene posto. È più che ovvio, per essere chiari, che il canone in parola dipende strettamente dal ruolo che si riconosca a chi esercita la funzione giurisdizionale (fermo restando che, come detto, di esso fa uso pure la Consulta). Quanto si sta ora dicendo non pare cosa di scarso rilievo se si pensa che non tutti (e allo stesso modo) sono concordi nel riconoscere un consistente spazio di manovra ai giudici di merito; la stessa Corte, in più di un'occasione, sembra che abbia voluto mettere all'angolo gli operatori interni. Emblematica è la recente vicenda della "doppia pregiudizialità", alla quale ora non si può fare neppure un cenno e che trova riscontro nelle sentt. nn. 269/2017, 20 e 63/2019, sulle quali si è scritto molto⁸²; in

[Consulta Online](#), 4 novembre 2014, § 4. Infine, sia consentito rinviare al mio *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., XIII.

⁸² Sulle decisioni in parola A. RUGGERI ha riflettuto in più scritti: v., almeno, ID., *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *"Itinerari"* (2020), cit., 123 ss.; *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali*, cit., 151 ss.; *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 228 ss.; *Costituzione e rapporti interordinamentali*, cit., 423 ss.; *Ancora un passo avanti della Consulta*, cit., 252 ss.; *Una corsia preferenziale*, cit., 601 ss.; *La Consulta e il tiro alla fune*, cit., 712 ss.; *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario*, cit., 756 ss.

estrema sintesi, nelle prime due decisioni è parsa messa in dubbio, addirittura, la storica ricostruzione della nota sent. n. 170/1984, in merito alla possibilità dell'applicazione diretta delle fonti dell'UE. Il "tiro" è sembrato un po' aggiustato con la sent. n. 63. È ovvio che fin quando il giudice delle leggi metterà in atto manovre di "riaccentramento" del sindacato (con il non dichiarato, ma altresì palese, intento di non essere escluso dal circuito della tutela dei diritti), la funzione giurisdizionale sarà limitata e, a mio avviso, non adeguatamente valorizzata. È comprensibile la critica alla quale va incontro un'impostazione di questo tipo: così ragionando, si rischia di "sbilanciare" troppo il "rapporto" tra *legislatio* e *iurisdictio*, a vantaggio della seconda, con ciò che ne potrebbe conseguire sul piano della certezza del diritto e del ruolo del legislatore (che finirebbe per essere svilito)⁸³; inoltre, in tal modo si potrebbe andare incontro ad un «suprematismo giudiziario»⁸⁴ che mal si confà con il principio di separazione dei poteri e, in generale, con il dettato costituzionale. Non v'è dubbio che questi (e altri) rischi siano presenti, tuttavia occorre tenere presente che il maggiore ruolo dei giudici, che come detto potrebbe avvantaggiare la tutela dei diritti, è indotto dal contesto storico e socio-politico⁸⁵, se è vero che essi sono spesso chiamati a svolgere una funzione di supplenza a causa delle omissioni del legislatore⁸⁶ (e, in alcuni casi, della stessa Corte); d'altra parte, l'insistenza sempre più pressante con la quale il cittadino di oggi avanza richieste di appagamento dei propri bisogni non consente al Parlamento di "tenere testa", come sarebbe necessario.

Insomma, come in tutte le cose, *in medio stat virtus*. È certamente necessario trovare un equilibrio tra potere legislativo e potere giudiziario, per non tradire lo "spirito" della Carta costituzionale, ma sempre tenendo conto delle condizioni di contesto. Sono tali considerazioni che, a mio avviso, consentono di accettare l'idea che una certa "fiducia" nei giudici (che si traduca nel riconoscimento di una loro concreta

⁸³ In argomento, v. G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore*, cit., 1486 ss. Sulla questa disputa si sono più volte confrontati A. RUGGERI e R. BIN; del primo A. si veda, ad es., *Pentole o ombrelli costituzionali*, cit., 10 (nota 15); del secondo A., v., ad es., *Cose e idee*, cit., 11 ss.

⁸⁴ L'efficace espressione è, com'è noto, in A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251 ss.

⁸⁵ Cfr. G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore*, cit., 1486 ss. (spec. 1502).

⁸⁶ Al riguardo, di A. RUGGERI v., almeno, *Giudice e giudici*, cit., spec. 200 ss.; *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, cit.

capacità d'azione) si deve pur nutrire⁸⁷. A tal proposito, a me pare che il futuro del principio in parola "passi" anche da un atteggiamento di non "diffidenza" e di non chiusura nei confronti delle Carte e delle Corti che si pongono a livello sovranazionale⁸⁸; si dovrebbe essere consapevoli, infatti, che l'innalzamento della tutela grazie al contributo offerto da altre Carte non è mai una sconfitta per l'ordinamento interno e la Costituzione, ma la "sua compiuta affermazione"⁸⁹. Per prima cosa, però, occorrerebbe abbandonare quelle logiche sovraniste e di "patriottismo costituzionale" che, come si è già detto, appaiono fuori dalla storia⁹⁰; contemporaneamente, però, occorre che il valore della solidarietà tra gli Stati trovi nuovi spazi per affermarsi almeno in una misura complessivamente apprezzabile nella realtà. Se a questo proposito si è fiduciosi, ci si augura che anche nei rapporti tra UE e Stati si possano vedere concreti passi in avanti.

Tornando, infine, alla questione sulla quale si è sviluppata questa analisi, purtroppo, si è avuta l'impressione, per la quale non è ovviamente possibile trovare riscontri tangibili, che spesso il *punctum crucis* delle complesse vicende di cui si è qui discusso sia di natura non giuridica, ma attenga alla sfera delle umane "sensazioni", trattandosi di una sorta di "paura dell'altro"⁹¹ mossa, molte volte, da pregiudizi e da diffidenza. Nella storia dell'uomo, "l'altro da sé" è sempre stato visto con sospetto, troppo spesso – ahimè – immotivato ed irragionevole (è questo, ad es., il caso dei migranti, per stare all'attualità); per ciò che qui interessa, l'"altro" è stato (ed è) considerato anche il giudice di Strasburgo. A questo punto, però, viene spontanea una domanda che pongo prendendo a prestito le parole di Khalil Gibran e con la quale concludo.

Non è forse vero che «il dubbio o la fiducia che hai nel prossimo sono strettamente connessi con i dubbi e la fiducia che hai in te stesso»?

⁸⁷ Non si trascuri, poi, che la soggezione dei giudici alla legge non può non riguardare anche le leggi di esecuzione dei trattati internazionali e, per quanto qui specificamente interessa, delle Carte dei diritti.

⁸⁸ Sul punto, v. nuovamente P. PINTO DE ALBUQUERQUE nella opinione cit., p. 94.

⁸⁹ A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali*, cit., 171.

⁹⁰ Da ultimo, sul punto, cfr. A. RUGGERI, *Un'opportuna messa a punto dei rapporti tra CEDU e Costituzione*, cit., 8, che si rifà ancora una volta alle parole di P. Pinto de Albuquerque.

⁹¹ ... per riprendere il titolo di un volume di qualche anno fa (AA.VV., *Paura dell'Altro. Identità occidentale e cittadinanza*, a cura di F. Bilancia, F.M. Di Sciullo, F. Rimoli, Roma 2008).