



ANTONIO RUGGERI*

LA OSCILLANTE “FORZA NORMATIVA” DELLA CEDU, VISTA DALLA CONSULTA

SOMMARIO: 1. La “forza normativa” variabile del diritto convenzionale in senso documentale e del diritto convenzionale giurisprudenziale. – 2. L’inspiegabile diverso trattamento dalla Consulta riservato, rispettivamente, alle interpretazioni della Carta dell’Unione date dalla Corte di giustizia ed alle interpretazioni della CEDU date dalla Corte di Strasburgo. – 3. Le aporie esibite dalla ricostruzione giurisprudenziale delle relazioni interordinamentali nella loro ambientazione al piano della teoria delle fonti (con specifico riguardo alla sistemazione piramidale della Costituzione e delle altre Carte). – 4. La duttilità strutturale delle Carte, le manipolazioni semantiche alle quali esse vanno soggette, il conseguente squilibrio tra diritto costituzionale e politica. – 5. La spinosa questione relativa al modo con cui “misurare” la “forza normativa” della CEDU e il ruolo al riguardo giocato dal “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela dei diritti. – 6. L’integrazione del catalogo costituzionale dei diritti non già ricorrendo alle procedure di cui all’art. 138 bensì per il tramite delle Carte in genere e della CEDU in specie. – 7. Al tirar delle somme: la “forza normativa” variabile della CEDU in ragione delle tecniche decisorie di volta in volta utilizzate.

1. La “forza normativa” variabile del diritto convenzionale in senso documentale e del diritto convenzionale giurisprudenziale

Contrariamente a ciò che comunemente si rileva alla luce della giurisprudenza, ormai copiosa, venutasi a formare a partire dalle famose sentenze “gemelle” del 2007, non è affatto sicuro quale sia il punto di vista della Consulta in ordine alla forza normativa della CEDU ed alla sua complessiva condizione in ambito interno. La qualifica infatti datane in termini di fonte “subcostituzionale” evoca una sistemazione *quodammodo* intermedia della Convenzione tra Costituzione e legge (e fonti a questa equiparate) che, tuttavia, oltre ad essere discutibile in sé e per sé, secondo quanto si è tentato di argomentare in altri luoghi e qui pure per taluni aspetti si dirà, sembra contraddetta dai fatti, dall’uso cioè che concretamente si è fatto (e si fa) di tale documento normativo il cui rilievo nelle esperienze processuali di diritto interno va crescendo man mano che matura e si radica sempre di più nella giurisprudenza comune una sensibilità verso la tutela dei diritti fondamentali in ambito sovranazionale ancora fino a pochi anni addietro sconosciuta.

* Professore emerito di Diritto costituzionale, Università di Messina.

Il vero è che il rilievo in parola si lega a filo doppio all'apertura del diritto interno al diritto di origine esterna in genere (eurounitario ed internazionale), di cui si avverte in misura crescente la consistenza come pure il bisogno di allargarne sempre di più gli spazi entro i quali può realizzarsi.

Ad ogni buon conto, come si tenterà di mostrare, la dichiarata posizione “subcostituzionale” della Convenzione è più predicata che praticata, non se ne vedono cioè i segni o i riflessi nel modo con cui in concreto s'impongono i giudizi di costituzionalità che a vario titolo la riguardano e, dunque, nelle relative conclusioni.

Basti solo por mente al fatto che se, in punto di astratto diritto, la Convenzione è riconosciuta soggetta alla osservanza di *ogni* norma della Costituzione, come tale perciò passibile di essere caducata in questa o quella sua norma per il tramite della legge che vi ha dato esecuzione, annullata “*nella parte in cui...*”, di fatto poi non si conoscono casi in cui di quest'esito si sia avuto riscontro; e la cosa, a mia opinione, deve far riflettere¹.

In parte (ma – si badi – solo in parte) diversa appare essere la sistemazione della CEDU nelle sue proiezioni non già “verso l'alto” ma “verso il basso”, vale a dire nei suoi rapporti con le leggi, tenute a prestarvi ossequio e, pertanto, suscettibili in caso di trasgressione di essere caducate in applicazione dello schema usuale della fonte interposta. Qui, per vero, si conoscono casi in cui ciò si è avuto, allo stesso tempo però – e il punto, come si vedrà, è di non poco significato – riconoscendosi in via prioritaria la violazione della Costituzione. Il più delle volte, però, la giurisprudenza vigorosamente spinge i giudici comuni ad attingere a talune risorse con profitto utilizzabili allo scopo di evitare l'esito dell'annullamento, per un verso facendo intenso ricorso alla tecnica della interpretazione conforme e, per un altro verso (ed è ciò che ai fini della riflessione che vado ora facendo appare di particolare interesse), incoraggiando frequenti scostamenti dalla interpretazione della giurisprudenza europea, specificamente laddove risulti essere non “consolidata” ovvero racchiusa in una decisione-pilota² e si teme il conflitto con la Costituzione³, secondo

¹ Una risorsa preziosa a questo fine è data dalle tecniche decisorie subito di seguito richiamate, delle quali peraltro si è fatto largo utilizzo per fugare il rischio di antinomie in genere coinvolgenti la Convenzione.

² Il carattere seriale di quest'ultima (a riguardo del quale, di recente e per tutti, L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la “giustizia del caso singolo”*, in AA.VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, a cura di R. Romboli e mia, Torino, Valencia, 2019, p. 83 ss.) è, infatti, implicito nella sua stessa struttura e funzione, di modo che la sua venuta alla luce fa presumere l'avvenuto “consolidamento” dell'orientamento di cui la decisione stessa si fa portatrice. È interessante notare che, grazie a tale strumento, sono stati cancellati dal ruolo ben 40.000 ricorsi pendenti (il dato è riportato dalla Relazione al Parlamento per l'anno 2018 della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Affari Giuridici e Legislativi – su *L'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano*, p. 13). La Corte, peraltro, ha sperimentato nel 2019 una procedura semplificata (WECL-*fast track*) per una sollecita definizione dei ricorsi seriali, che si articola in due fasi: non contenziosa la prima, nel corso della quale si verifica la possibilità di una soluzione amichevole della controversia, e contenziosa la seconda, alla quale si fa luogo in caso d'insuccesso del tentativo esperito di composizione, avente luogo presso il giudice cui è assegnata la causa (Relazione, cit., p. 22).

³ È evidente, infatti, che gli scostamenti in parola non si avranno a capriccio, immotivatamente, ma sono dalla Consulta giustificati nel bisogno di mettere al riparo la Costituzione (e la stessa Convenzione...) dal rischio del conflitto, comunque foriero di inconvenienti anche particolarmente rilevanti. E, dunque, non v'è ragione di allontanarsi dalle letture della Convenzione affacciate da pronunzie non ancora “consolidate” ove il rischio in parola non si corra.

l'indirizzo inaugurato da Corte cost. n. 49 del 2015, pur con il temperamento ad esso recato dalla sent. n. 43 del 2018⁴.

Ebbene, qual è l'indicazione di ordine teorico-ricostruttivo che emerge dall'indirizzo in parola?

La Corte invita i giudici comuni e gli operatori in genere (dunque, anche... *se stessa*) a tenere separato il *diritto convenzionale in senso documentale* dal *diritto convenzionale giurisprudenziale*, per il modo con cui viene a formazione a Strasburgo. Quest'ultimo non prevale – a dire del giudice costituzionale – *in ogni caso* sulle leggi rispetto ad esso incompatibili, nel senso che l'operatore non soltanto è abilitato ma – di più – è tenuto a discostarsi, ricorrendo la condizione del mancato “consolidamento” suddetto, ogni qual volta possa aversene un *vulnus* alla Costituzione, fermo ad ogni buon conto l'obbligo di fare riferimento alla Convenzione. L'*optimum* – a quanto pare – sarebbe riuscire ad estrarne una norma compatibile, a un tempo, con la Costituzione e con la legge⁵; quanto meno una rispettosa della prima, gravando altrimenti sul giudice l'obbligo di investire della sua cognizione la Corte costituzionale perché faccia luogo – come si diceva – all'annullamento della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*”.

Dunque, in mancanza di un indirizzo “consolidato”, la *Convenzione in senso documentale* prevale comunque sulla *Convenzione nella sua versione “giurisprudenziale”*: ha, cioè, una “forza normativa” tale da imporsi sul diritto vivente... *non vivente* (nel senso appunto del suo mancato “consolidamento”). Di contro, il diritto vivente... *vivente* (in senso proprio) non consente al giudice di interrogarsi in merito a ciò che dice davvero la Convenzione in senso documentale, nell'assunto – per vero, teoricamente indimostrabile – che la sussistenza di un indirizzo interpretativo “consolidato” rispecchi comunque fedelmente il dettato convenzionale. In una congiuntura siffatta, il diritto giurisprudenziale europeo – qui è il punto – potrebbe non riuscire ugualmente ad affermarsi ed a farsi valere, laddove la norma “vivente” dovesse essere fatta oggetto di una questione di costituzionalità e, di conseguenza, annullata (sempre per il tramite del sindacato sull'atto di esecuzione). Ovviamente, non è detto che la questione sia, poi, accolta, potendo bene darsi il caso che il giudice delle leggi offra avallo alla norma convenzionale vivente, ritenendola conciliante con la Costituzione. Ciò che, nondimeno, importa è il modo con cui si pongono l'uno davanti all'altro il diritto convenzionale in senso formale e quello giurisprudenziale, con esiti variabili a seconda che si abbia, o no, riscontro del carattere “consolidato” del secondo.

Dunque, si avrebbe una “forza normativa” variabile della Convenzione in senso documentale ed una parimenti varia della Convenzione nella sua proiezione giurisprudenziale, a seconda che sia assurta, o no, al rango proprio del diritto vivente.

Tutto questo, però, al piano meramente teorico-astratto, perché poi – come si diceva – non si sono avuti, perlomeno ad oggi, casi di annullamento di norme convenzionali a motivo della loro supposta incompatibilità con la Costituzione. Ma se, nei fatti, la Convenzione non si è dimostrata essere una fonte davvero “subcostituzionale”, che posto ha e che trattamento riceve nel diritto costituzionale vivente? E, prima ancora, qual è il

⁴ Molte supposizioni si sono affacciate – come si sa – a riguardo del significato complessivo della pronuncia ora richiamata, ma il vero è che nulla di sicuro ad oggi possiamo dire circa gli effetti di sistema che potrebbero aversi per il caso che il punto di diritto fissato nel 2015 dovesse andare incontro ad ulteriori precisazioni ed anche a qualche sostanziale scostamento.

⁵ Il rischio è, però, quello della interpretazione conforme della Convenzione non soltanto alla Costituzione ma persino alla stessa legge, con un autentico capovolgimento dell'ordine naturale delle cose.

senso e il fondamento della costruzione giurisprudenziale che fa espandere ovvero contrarre a fisarmonica la forza normativa della Convenzione a seconda che le letture che di quest'ultima si danno a Strasburgo si compongano, o no, in indirizzi "consolidati"?

2. *L'inspiegabile diverso trattamento dalla Consulta riservato, rispettivamente, alle interpretazioni della Carta dell'Unione date dalla Corte di giustizia ed alle interpretazioni della CEDU date dalla Corte di Strasburgo*

Per vero, non si è mai capito (quanto meno non è riuscito a me di capire) quale sia il fondamento teorico-positivo del diverso trattamento riservato, rispettivamente, alle interpretazioni della Carta di Nizza-Strasburgo che ne dà la Corte dell'Unione e alle interpretazioni della CEDU da parte della Corte di Strasburgo, per l'aspetto ora specificamente rilevante del vincolo da esse discendente a carico degli operatori di diritto interno (e, segnatamente, dei giudici). Né è pensabile che ciò sia da porre in relazione al (supposto ma, a mio avviso, inesistente) diverso grado detenuto nella scala gerarchica dalle due Carte, dal momento che ad ogni buon conto si tratta pur sempre di documenti aventi forza normativa, la quale poi naturalmente si proietta e trasmette alle Corti che delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti.

Occorre, poi, tenere conto di due cose.

La prima è data dal fatto che la medesima norma estratta dalla Convenzione a Strasburgo dapprima non sarebbe vincolante in ambito interno, mentre lo diverrebbe man mano che si "consolida" o, diciamo pure, a seguito della compiuta maturazione di siffatto processo di "consolidamento": né più né meno – se ci si pensa – di ciò che usualmente si ha per le norme consuetudinarie, con la differenza però che qui la norma è prodotta da un documento scritto cui indiscutibilmente è riconosciuta la natura di fonte del diritto. Insomma – com'è stato opportunamente rilevato⁶ – la efficacia prescrittiva della norma convenzionale vivente risulterebbe *ex post*, una volta che sia appunto certo l'essersi ormai formato un autentico "indirizzo" giurisprudenziale. Ed è chiaro che un rilievo non da poco è al riguardo da assegnare al riscontro di un diffuso riconoscimento nelle pratiche interpretative ed applicative di diritto interno del "consolidamento" in parola. La qual cosa, dunque, naturalmente porta il singolo operatore a volgere lo sguardo a ciò che hanno fatto (e fanno) gli operatori restanti nel proprio come pure in altri ordinamenti. Ancora una volta, come si vede, cruciale rilievo acquista la comparazione giuridica, per effetto della quale sono naturalmente incoraggiate a formarsi convergenze interpretative e persino, al ricorrere delle circostanze favorevoli, delle vere e proprie identità di indirizzi⁷.

Resta, ad ogni buon conto, il fatto singolare di una stessa norma dapprima non autenticamente prescrittiva (o, diciamo pure, cedevole) e in seguito invece pienamente vincolante, con conseguente delegittimazione *ex post* dell'operato dei giudici che, sia pure senza colpa, si siano dapprima da essa discostati.

⁶ A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in *Ordine internazionale e diritti umani* (www.rivistaoidu.net), 1, 2019, 15 marzo 2019, p. 86 ss., spec. p. 93.

⁷ Del ruolo giocato dalla comparazione in ordine alla affermazione ed al radicamento del diritto giurisprudenziale si è, non molto tempo addietro, discusso in occasione della Giornata di studi su *Il diritto giurisprudenziale* svoltasi a Pisa il 16 dicembre 2019.

Cosa diversa è, naturalmente, che non si abbia alcun precedente al quale far riferimento al fine della soluzione del caso. Ciò che obbliga l’operatore nazionale a confrontarsi direttamente ed esclusivamente con la nuda lettera della Convenzione, prospettandone una originale lettura. In questa evenienza, quando – com’è auspicabile⁸ – sarà finalmente entrato a regime anche da noi il prot. 16, i giudici di ultima istanza potranno (e, anzi, dovranno) avvalersi dello strumento da quest’ultimo apprestato, sì da dar modo alla Corte EDU di colmare in via consultiva la lacuna esistente al piano delle esperienze giurisdizionali. La qual cosa, poi, per la sua parte ulteriormente avvalorata la tesi, a favore della quale senza esitazione mi schiero, della opportunità di recepire al più presto nel nostro ordinamento il prot. suddetto⁹.

La seconda cosa è data dall’esito alquanto singolare al quale conduce la tesi del vincolo circoscritto alle sole pronunzie della Corte europea delle quali si riscontri l’avvenuto “consolidamento”. Ed è che i giudici nazionali, con riguardo alle materie ricadenti in ambito eurounitario, sono tenuti a conformarsi in tutto e per tutto alle interpretazioni della Corte di giustizia – siano, o no, “consolidate” – le quali, poi, a loro volta, sono obbligate a conformarsi alle interpretazioni della Corte di Strasburgo, senza che, dal punto di vista di entrambe le Corti europee, si dia alcun rilievo al loro carattere “consolidato”¹⁰.

È vero che non si è ad oggi perfezionata l’adesione dell’Unione alla Convenzione e che perciò lo scenario ora descritto verrà a delinearci in modo nitido solo dopo che essa si avrà (se mai si avrà...). C’è però sin d’ora – come si sa – la previsione della Carta di Nizza-Strasburgo che prescrive a *tutti* gli operatori (alla Corte di giustizia come pure ai giudici nazionali) di intendere e far valere la Carta stessa alla luce della CEDU, salvo il caso che da quest’ultima discenda una maggior tutela per i diritti¹¹.

A questo punto, occorre distinguere il caso che si dia, o no, un precedente giurisprudenziale in ambito eurounitario. Ove vi sia, il giudice vi si dovrà conformare; se

⁸ Ancora di recente si è da noi animato il confronto in merito alla opportunità della ricezione del protocollo in parola: favorevoli, tra gli altri, molti degli intervistati da R. Conti sul tema *CEDU e cultura giuridica italiana*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it); in particolare, v. l’intervista a M. CASTELLANETA, A. DI STASI e A. TANCREDI, su *La CEDU e l’Accademia europeista-internazionalista*, 23 gennaio 2020, e quella a P. BIAVATI, G. COSTANTINO ed E. D’ALESSANDRO su *La CEDU e i processualcivilisti*, 6 febbraio 2020, nonché lo stesso R. CONTI, *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 27 dicembre 2019, ed E. SPATAFORA, *Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 1, 2020, 5 febbraio 2020, p. 369 ss.; risolutamente contrario, invece, M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l’autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 27 novembre 2019; v., inoltre, le riserve manifestate da F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 13 novembre 2019; pure *ivi*, M. ESPOSITO, *I d.d.l. di ratifica del Protocollo 16 della CEDU: un altro caso di revisione costituzionale per legge ordinaria?*, 2/2019, 30 dicembre 2019; G. ZAMPETTI, *Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU: un quadro problematico*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), *Focus Human Rights*, 2020, 5 febbraio 2020, p. 157 ss.

⁹ Raggiugli nel mio *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in www.diritticomparati.it, 1, 2020, 5 gennaio 2020.

¹⁰ Un particolare significato ha quanto affermato dalla Corte di Strasburgo, Grande Camera, in *G.I.E.M.* [ha, ancora di recente, invitato a fermare l’attenzione sul punto L. CASSETTI, *Diritti, Carte e politiche pubbliche*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (www.fsjeurostudies.eu), 1, 2020, spec. p. 46 ss.].

¹¹ Singolare – come si è fatto in altri luoghi notare – il percorso interpretativo che l’operatore sarebbe tenuto a compiere, obbligato ad una sorta di “andirivieni”, in quanto chiamato dapprima a fare oggetto di esame la Carta dell’Unione in sé e per sé considerata e di poi, tornando indietro sui propri passi, a rileggerla alla luce della CEDU, conformandosi – come si diceva – alle letture che di quest’ultima sono prospettate a Strasburgo, al fine di verificare dove si situi la miglior tutela per i diritti evocati in campo dal caso.

invece non vi sia, potrà sentirsi abilitato a leggere la Carta dell'Unione alla luce della CEDU, "filtrata" – se così possiamo dire – in applicazione del canone del "consolidamento". È chiaro, però, che al ricorrere di questa evenienza, sarà naturale per il giudice interpellare in via pregiudiziale la Corte lussemburghese. Per questa via, dunque, l'ipotesi ora ragionata finisce con il rifluire nel caso precedente. Ebbene, la Corte di giustizia non ha, perlomeno ad oggi, fatto proprio il criterio selettivo del "consolidamento": veicolate dalle pronunzie del giudice dell'Unione, dunque, le interpretazioni somministrate a Strasburgo – *siano o no "consolidate"* – saranno comunque vincolanti per gli operatori nazionali¹².

3. *Le aporie esibite dalla ricostruzione giurisprudenziale delle relazioni interordinamentali nella loro ambientazione al piano della teoria delle fonti (con specifico riguardo alla sistemazione piramidale della Costituzione e delle altre Carte)*

Il vero è che le aporie di cui si ha riscontro al piano delle vicende della interpretazione (e della teoria che le assume ad oggetto) danno conferma della fragilità della ricostruzione dei rapporti interordinamentali operata dal giudice costituzionale al piano della teoria delle fonti.

Se n'è detto in altri luoghi e non occorre ora riprendere nuovamente una questione già ampiamente trattata. Mi limito solo a rilevare, ancora una volta, la contraddizione che risulta dallo scarto evidente tra la comune natura di tutte le Carte (Costituzione inclusa), quali documenti che danno il "riconoscimento" dei diritti, nella sua ristretta e propria accezione come di ciò che disvela ciò che è nel profondo della "materia" costituzionale¹³ e

¹² Ovviamente, il limite di questa costruzione è dato dal fatto che si sia in presenza di materia ricadente nella sfera di competenze dell'Unione, e segnatamente che sia in gioco un diritto riconosciuto sia dalla Carta di Nizza-Strasburgo e sia pure dalla CEDU. Ad ogni buon conto, com'è noto, la tendenza è nel senso della graduale espansione dell'area materiale "coperta" dal diritto eurounitario.

¹³ Rifacendosi, con originali sviluppi teorico-ricostruttivi, ad un insegnamento risalente alla tradizione romanistica e ripreso dalla magistrale lezione orlandiana sul metodo, un'accreditata dottrina (P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017) ha, ancora ai giorni nostri, affacciato l'idea secondo cui tratto proprio e qualificante della produzione giuridica e dell'esperienza sulla sua base formatasi sarebbe quello della funzione "inventiva" del diritto in genere e del diritto costituzionale in specie, vale a dire il suo portare ad emersione ciò che è racchiuso negli strati più profondi del corpo sociale.

Senza stare ora a verificare se siffatto orientamento metodico-teorico sia, o no, da accogliere, è sicuro che esso comunque valga per ciò che concerne i diritti fondamentali che – secondo la dizione letterale della Carta – non possono che essere "riconosciuti", e non già costituiti o fondati, dalla Carta stessa e dalle fonti che vi danno quindi svolgimento, assicurandone la implementazione nell'esperienza giuridica. È pur vero, tuttavia, che quella apprestata dal diritto (in specie da quello costituzionale) non è mai una mera "razionalizzazione" dell'esistente: col fatto stesso di esservi e di presentarsi con certi contenuti (e non con altri), essa attiva la messa in moto nel corpo sociale di certi processi, orientandone quindi gli svolgimenti, che possono portare ora al riconoscimento di nuovi diritti ed ora alla complessiva messa a punto di quelli preesistenti.

Come si è tentato di mostrare altrove [a partire dal mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, Cassino 10-11 giugno 2016, a cura di V. Baldini, Napoli, 2017, p. 337 ss., nonché in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2016, 30 giugno 2016, p. 263 ss.], i diritti fondamentali vengono gradatamente a conformarsi nel corpo sociale fino a costituire oggetto di vere e proprie *consuetudini culturali* che ne danno il riconoscimento, le quali poi – come si è venuti dicendo – abbisognano di essere recepite dal diritto, in esso quindi rispecchiandosi fedelmente, ma il rapporto che viene a costituirsi tra quelle e questo è, a conti fatti, di alimentazione e condizionamento reciproci. Non sorretto e

che di questa costituisce appunto l'essenza¹⁴, e la loro (supposta ma inesistente) forza normativa “graduata”, testimoniata dalla rappresentazione piramidale che ne dà la Consulta. Al vertice, infatti, si situerebbe, unica sovrana, la Costituzione, subito seguita dalla Carta dell'Unione, comunque tenuta a prestare – giusta la dottrina dei “controlimiti”¹⁵ – osservanza ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale (e, perciò, anche alle norme sui diritti, “coperte” dai principi stessi¹⁶), nel mentre ancora sotto starebbe la CEDU e, a quanto pare, ogni altra Carta¹⁷ comunque di forza “subcostituzionale”¹⁸.

giustificato dalle consuetudini in parola, il diritto finirebbe con l'essere rigettato dal corpo sociale al quale vorrebbe imporsi ed essere quindi fatto oggetto di sostanziali manipolazioni interpretative; allo stesso tempo, senza il diritto le consuetudini stesse non hanno modo di farsi valere, restando fatalmente confinate tra le mere aspirazioni inappagate.

¹⁴ Non occorre fare ora nuovamente richiamo della pregnante ed ispirata definizione di Costituzione dataci dai rivoluzionari francesi e mirabilmente espressa dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789. Altro discorso, nondimeno qui non interessante, è se l'accezione di Costituzione di tradizioni liberali sia la sola teoricamente prospettabile ovvero se possano darsene altre apprezzabili al piano teorico-generale [su ciò, part. gli studi approfonditi di A. SPADARO, part. il suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994; ulteriori riferimenti, ora, in A. I. ARENA, *La costituzione come idea e come realtà storica (Appunti di Dottrina dello Stato)*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2019, 11 dicembre 2019]. Restando infatti il discorso che si fa ora facendo agli ordinamenti le cui basi portanti si rifanno alle tradizioni suddette, non è necessario riprendere il punto e farne oggetto di ulteriore approfondimento.

¹⁵ ... dalla quale, per vero, ho ripetutamente preso le distanze in via generale; tanto più, poi, essa mi appare improponibile sul terreno delle relazioni tra le Carte dei diritti, ove si tenga ferma la impossibilità di far “graduatorie” tra documenti tutti della medesima natura costituzionale (v., infatti, quanto se ne dice subito appresso). Sui “controlimiti” si è avuta, come si sa, un'autentica alluvione di scritti: mi limito qui a far richiamo solo dello studio monografico di S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018, dov'è una originale, particolarmente interessante, proposta ricostruttiva.

¹⁶ Si può, per vero, immaginare che si diano norme costituzionali relative ai diritti passibili di deroga da parte della Carta dell'Unione senza che ciò di necessità ridondi in violazione dei principi fondamentali; il fatto, però, che questi ultimi si impongano, a giudizio della Consulta, sopra ogni norma di diritto eurounitario porta naturalmente all'esito della subordinazione ad essi anche della Carta suddetta. Non è, ad ogni buon conto, agevole fare esempi concreti di norme di quest'ultima che possano affermarsi a discapito di norme della Costituzione senza che ne risultino toccati i principi fondamentali, come pure di norme che invece urtino senza riparo con i principi stessi. E, invero, la strutturale apertura e duttilità semantica degli enunciati di tutti i documenti normativi in parola spiana la via alla loro mutua integrazione nei fatti interpretativi, della quale si dirà meglio a momenti. Un esito, questo, che – come pure si vedrà – vale anche per la CEDU, rendendo per la sua parte ulteriore testimonianza del carattere artificioso della costruzione piramidale eretta dalla Consulta.

¹⁷ ... quale la Carta Sociale Europea, a riguardo della quale v. Corte cost. nn. 120 e 194 del 2018 [e, su di esse, tra i molti commenti, S. STURNIOLO, *Una porta prima facie aperta ma in realtà ancora “socchiusa” per la Carta sociale europea*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 13 luglio 2018; pure *ivi*, G. MONACO, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi*, 20 settembre 2018; C. SALAZAR, *La Carta sociale europea nella sentenza n. 120 del 2018 della Consulta: ogni cosa è illuminata?*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 905 ss.; C. PANZERA, *Indennità di licenziamento e garanzie (costituzionali ed europee) del lavoratore*, in *Diritti comparati* (www.diritticomparati.it), 6 dicembre 2018; C. LAZZARI, *Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.: note a margine delle sentenze della Corte Costituzionale n. 120/2018 e 194/2018*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 2019, 20 febbraio 2019; nella stessa *Rivista*, G. E. POLIZZI, *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale alla luce delle sentenze Corte costituzionale nn. 120 e 194 del 2018*, nonché, più di recente, L. PANELLA, *La Carta Sociale Europea come parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale ex art. 117, co. 1 Cost. Revirement della Corte Costituzionale o ambigui progressi in materia di parità tra fonti internazionali?*, in *Ordine internazionale e diritti umani* (www.rivistaoidu.net), 1, 2020, 15 marzo 2020, p. 26 ss.].

¹⁸ Non si vede, infatti, perché mai il discorso fatto nelle sentenze “gemelle” del 2007 non dovrebbe, per l'aspetto ora specificamente in rilievo, valere per Carte diverse dalla Convenzione, dal momento che tutte si

Non è chiaro, per vero, come possa conciliarsi il riconosciuto carattere “tipicamente costituzionale” della Carta dell’Unione, di cui alla discussa sent. n. 269 del 2017, con la sua soggezione alla Costituzione (sia pure limitatamente ai principi fondamentali) né si capisce che senso abbia ritenere obbligata la CEDU alla osservanza di ogni norma della Costituzione quando poi, nuovamente, il raffronto resta, in buona sostanza, naturalmente circoscritto ai soli principi ed ai disposti da questi “coperti” riguardanti i diritti.

Il vero è che – come qui pure si viene dicendo – irriducibilmente non conciliante con lo schema piramidale suddetto è il riconoscimento, dalla stessa Corte da tempo fatto, dell’attitudine di tutte le Carte (Costituzione inclusa) ad “integrarsi reciprocamente nella interpretazione”, secondo la ispirata ed efficace formula di cui a Corte cost. n. 388 del 1999, rimasta tuttavia non di rado non adeguatamente svolta dalla Consulta e portata fino alle sue ultime e coerenti applicazioni. Tant’è che nei casi di congiunta denuncia di violazioni sia della legge fondamentale della Repubblica e sia di altre Carte (e, tra queste, principalmente la CEDU), il giudice costituzionale assai spesso predilige dare la precedenza al raffronto tra legge e Costituzione, *in sé e per sé considerata*, e, una volta acclarata la sussistenza dell’antinomia, si astiene dal raffronto con i parametri di origine esterna¹⁹, avvalendosi al riguardo della tecnica dell’assorbimento dei vizi²⁰.

Nulla da eccepire – sia chiaro – sul piano dei meccanismi che presiedono allo svolgimento dei giudizi ed alla loro conclusione. Sta di fatto, però, che in tal modo, per un verso, non si porta ad effetto la direttiva metodica della mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, mentre, per un altro verso, non si dà modo alle Carte stesse di implementarsi nell’esperienza, facendosi così diritto vivente. È un vero peccato che non sempre si sfruttino fino in fondo le formidabili risorse apprestate dalla duttilità degli enunciati che danno il riconoscimento dei diritti in vista del raggiungimento della loro ottimale sintesi espressiva e, di conseguenza, del parimenti ottimale appagamento dei diritti stessi. La conformazione a maglie larghe (e talora larghissime) della struttura degli enunciati stessi incoraggia, di contro, a dare congruo seguito alla felice formula della decisione del 1999, sopra richiamata, a beneficio di quanti invocano le Carte al fine di avere giustizia.

4. *La duttilità strutturale delle Carte, le manipolazioni semantiche alle quali esse vanno soggette, il conseguente squilibrio tra diritto costituzionale e politica*

Piuttosto, sulla duttilità in parola si fa sovente leva al fine di dare un certo assetto ai rapporti tra il diritto costituzionale, in alcune delle sue più salienti e qualificanti espressioni, e il diritto politico (o, più brevemente, la politica *tout court*), cui conviene ora fare cenno.

riportano – secondo la comune opinione, fatta propria dalla Consulta – sotto la “copertura” dell’art. 117, I c., e, a mia opinione, ancora prima (e di più) sotto quella degli artt. 2 e 3, nel loro fare “sistema” con il principio costituzionale di apertura al diritto internazionale, di cui agli artt. 10 e 11.

¹⁹ È ciò che, ad es., si è avuto in occasione della discussa definizione del caso *Cappato* [ho deplorato questo modo di amministrare giustizia nel mio *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 *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 27 novembre 2019, adducendo l’argomento subito appresso richiamato nel testo].

²⁰ ... a riguardo della quale, v., almeno, A. BONOMI, *L’assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, 2013.

Come si è venuti dicendo, discorro qui del diritto costituzionale *in senso materiale*, volendomi riferire a *tutte* le norme, quale che sia la fonte da cui risultano prodotte (comprese, dunque, quelle delle Carte di origine esterna), che danno l'essenza della Costituzione, per il fatto di apprestare il riconoscimento dei diritti.

Ebbene, alcune tecniche decisorie di frequente riscontro nelle esperienze processuali maturate tanto presso la Consulta quanto presso la Corte di Strasburgo²¹ mostrano come la duttilità in parola sia piegata in casi non infrequenti al fine di riservare ambiti materiali non poco estesi ai decisori politici entro i quali questi ultimi possono far valere le loro decisioni senza esserne ostacolati dagli enunciati delle Carte. Si prestano naturalmente a quest'esito, per un verso, la tecnica del margine di apprezzamento, della quale si sono fatte (e si fanno) assai varie e non di rado reciprocamente divergenti applicazioni²², e, per un altro, la tecnica del rispetto della discrezionalità del legislatore²³, che poi, al tirar delle somme, sono due modi diversi di rappresentare la medesima cosa, riportando entro schemi teorici sfuggenti ed intrinsecamente ambigui un'esperienza multiforme riguardante il rapporto tra il diritto costituzionale nella sua più qualificante espressione (la Carta dei diritti) e la politica. Allo stesso esito si presta, poi, del pari la tecnica della interpretazione c.d. conforme²⁴, che non

²¹ Si è discusso delle tecniche decisorie messe in atto dalla Corte europea, facendone oggetto di un proficuo raffronto con quelle invalse presso la Corte interamericana, nel corso delle Giornate svoltesi a Messina il 10 e 11 settembre 2018 su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, cit.

²² Nella nutrita lett., riferimenti ed indicazioni in F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea - A. Spadaro - L. Ventura, Torino, 2003, p. 65 ss.; O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), § 2.7; J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, 2011, p. 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 88 ss. e p. 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Cambridge, 2013; E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, Cambridge, 2014, p. 84 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 787 ss.; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, p. 167 ss.

²³ ... in merito alla quale, *ex plurimis*, v. D. BELVEDERE, *Il “difetto di giurisdizione” della Corte costituzionale in presenza della discrezionalità del legislatore ed il “difficile” ruolo del giudice a quo*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino, 2016, p. 221 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 244 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁶, Torino, 2019, p. 124 in nt. 32; A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2019, 26 novembre 2019, spec. p. 154 ss.

²⁴ ... fatta essa pure – come si sa – oggetto di osservazione, nelle sue plurime ed oscillanti manifestazioni, da molti studiosi [di recente, tra gli altri, G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle “questioni di interpretazione” in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2016, p. 293 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), p. 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Milano, 2017; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, p. 99 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017, p. 37 ss.; C. CARUSO, *Il “posto” della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1985 ss., e, dello stesso, *L'interpretazione conforme alla Cedu e i “diritti a somma zero”*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Torino, 2019, p. 457 ss.; V. MARCENÒ, *Quando il*

di rado non porta nei fatti ad intendere le leggi alla luce di quanto dispongono parametri ad esse sovraordinati, a partire appunto dalle Carte, ma all'inverso a far volgere i parametri stessi verso quelle.

Il quadro è, per vero, al riguardo internamente assai articolato e conosce tanto casi di arretramento del sindacato per ragioni – diciamo pure – di opportunità quanto, all'inverso, del suo avanzamento fino a pervenire al cuore della politica, secondo quanto ad es. ha di recente confermato la vicenda *Cappato*, che ha visto dapprima la Corte dar modo alla discrezionalità del legislatore di potersi affermare, mentre in seguito si è assistito alla occupazione dell'area a quest'ultimo riservata da parte di una decisione che dichiaratamente ha fatto luogo ad una selezione delle opzioni dapprima prospettate come meramente possibili, e non già discendenti “a rime obbligate” dalla Carta costituzionale²⁵.

Ad ogni buon conto, è poi pur sempre la “politica” del giudice ad affermarsi sulla politica del legislatore, assistendosi alla innaturale conversione del giudice in decisore politico, pur laddove i prodotti di quest'ultimo siano poi mandati assolti.

L'impressione che complessivamente si ha, a riguardare con estrema sintesi i più salienti svolgimenti di questa esperienza, è che la duttilità strutturale degli enunciati sia frequentemente piegata per l'affermazione di una sorta di giudizio di *equità costituzionale*, ovvero sia – come si diceva – di un giudizio di *opportunità costituzionale*, al di fuori di un parametro precostituito e suscettibile di sia pur relativamente sicure ed uniformi applicazioni.

Qui è il cuore della questione oggi nuovamente discussa. Non ha molto senso, infatti, seguitare a chiedersi quale sia la “forza normativa” di un documento materialmente costituzionale e quale, di conseguenza, il posto da quest'ultimo detenuto nel sistema delle fonti, quando poi, ambientando l'analisi non già al piano della teoria delle fonti bensì a quello della teoria della interpretazione, ci si avvede delle non poche torsioni alle quali il

giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge, in *Dir. soc.*, 4, 2018, p. 633 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione giustizia* (www.questionegiustizia.it), 22 ottobre 2018, e, dello stesso, ora, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, relaz. al Seminario su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit., in *Rivista Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3, 2019, nonché in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2019, 31 ottobre 2019, 589 ss.; A. I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, in *Rivista Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3, 2019, p. 163 ss.; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. maggio 2019, p. 555 ss.; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in “moto perpetuo”*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2020, 28 gennaio 2020, spec. p. 292 ss.; V. PICCONE, *Diritto internazionale e diritto interno: rimedi interpretativi. Una riflessione sull'attuale panorama dei rapporti interordinamentali alla luce della doppia pregiudizialità per come la stessa si è dipanata nel corso dell'ultimo anno*, in *Questione giustizia* (www.questionegiustizia.it), 27 dicembre 2019; F. POLITI, *L'interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13, 2019, p. 155 ss.].

²⁵ Quest'appunto critico è nel mio *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, la *Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit.; cfr., però, i non coincidenti punti di vista al riguardo espressi, tra gli altri, da F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2020, 6 marzo 2020, p. 661 ss.; nella stessa *Rivista*, A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il «perdurare dell'inerzia legislativa»*, 11 marzo 2020, p. 746 ss.; inoltre, N. COLAIANNI, *La causa di giustificazione dell'aiuto al suicidio (rectius: dell'assistenza nel morire)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3, 2019, p. 591 ss., e, pure *ivi*, A. LICASTRO, *L'epilogo giudiziario della vicenda Cappato e il ruolo «sussidiario» del legislatore nella disciplina delle questioni «eticamente sensibili»*, p. 609 ss. Infine, i contributi che sono in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 1, 2020.

documento stesso è obbligato a sottostare per effetto di utilizzi alquanto “liberi” e non adeguatamente vigilati delle tecniche interpretative.

Purtroppo è ormai provato che proprio le disposizioni espressive delle norme apicali dell’ordinamento (i principi fondamentali) sono le più esposte a manipolazioni in sede interpretativa, per mano dei decisori politici come pure dei garanti. Ne danno, peraltro, una indiscutibile testimonianza le modifiche tacite diffuse a tappeto per l’intero campo costituzionale²⁶.

D'altronde, è questo – come si sa – un punto di forza delle Carte costituzionali, in grado di assicurarne la longevità malgrado le naturali usure del tempo²⁷. Allo stesso tempo, però, è un limite intrinseco al quale proprio le Carte costituzionali più di ogni altro documento normativo vanno incontro, esposte – come si diceva – a rifacimenti sostanziali anche corposi, seppur non sempre vistosi; un limite, perciò, al quale per la loro parte non si sottraggono neppure le Carte non nazionali che con le prime condividono la struttura a maglie larghe degli enunciati e la funzione dell’appagamento primo di taluni bisogni elementari dell’uomo. Queste ultime Carte, anzi, sono soggette ad ancora più complesse, impegnative e non di rado particolarmente sofferte operazioni di bilanciamento interno rispetto a quelle che usualmente investono le Carte costituzionali, operazioni che risentono in considerevole misura della estrazione dei componenti le Corti non nazionali da ambienti statali eterogenei per tradizioni culturali e storia complessiva. La dottrina del margine di apprezzamento ha proprio qui – come si sa – la sua prima e più rilevante giustificazione e la radice da cui incessantemente si alimenta e rinnova, nelle sue plurime e soventi oscillanti manifestazioni: nel bisogno, cioè, di mantenere costantemente elevato il consenso degli Stati che hanno sottoscritto la Convenzione, nessuno di essi dovendola sentire a sé estranea o, peggio, incompatibile con le proprie “tradizioni” culturali e positive. La dottrina in parola, insomma, fa da collante culturale delle tradizioni costituzionali, concorre con le selezioni alle quali fa luogo alla formazione di quelle che in ambito eurounitario sono chiamate le “tradizioni costituzionali comuni” ed al pari di queste costituiscono oggetto di costante ed originale rielaborazione²⁸.

²⁶ Se n’è, ancora non molto tempo addietro, discorso in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l’8 e il 9 giugno 2018 su *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Napoli, 2019.

²⁷ Sulla dimensione temporale delle Carte costituzionali, richiamo qui solo T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale* (1977), ora in *Opere*, I, Milano, 2000, p. 477 ss.; P. GIOCOLI NACCI, *Il tempo nella Costituzione*, Padova, 1984; M. D’AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, p. 39 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009.

²⁸ Su di che, tra coloro che particolarmente ne hanno approfondito lo studio, v., almeno, O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero l’incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell’Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D’Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Torino, 2015, p. 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D’Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Torino, 2016, p. 91 ss.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Milano, 2017, p. 1073 ss.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2017, 16 luglio 2017, p. 4 ss., nonché nei contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI, R. DE CARIA, M. E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2017; G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco” tra revirements e questioni irrisolte*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2018, 7 maggio 2018, p. 347 ss.; G. DI FEDERICO, *La “saga*

5. *La spinosa questione relativa al modo con cui “misurare” la “forza normativa” della CEDU e il ruolo al riguardo giocato dal “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*

Ci si deve, a questo punto, chiedere se e come si possa misurare, sia pure in modo largamente approssimativo ed in estrema sintesi, qual sia stata a tutt’oggi la forza normativa della CEDU, vale a dire, in buona sostanza, la sua capacità di affermarsi negli ambienti nazionali e di farsi da essi *quodammodo* metabolizzare, orientando ed attraendo verso di sé le pratiche normative e giurisprudenziali di diritto interno, ispirandone gli svolgimenti e, comunque, riuscendo a farsi da esse prestare rispetto.

Occorre subito avvertire che non disponiamo di una “bilancia” adeguata a “pesare” a modo la Convenzione nel suo farsi “diritto vivente” in ambito interno; disponiamo, tuttavia, di alcune “spie” esteriori complessivamente attendibili, idonee ad illuminarci circa il “grado” o la misura della sua accettazione da parte degli operatori nazionali, decisori politici ed organi di garanzia.

La prima (e, dal mio punto di vista, maggiormente rilevante) di esse è data dall’apporto che la CEDU ha dato ed incessantemente dà ad una vieppiù accresciuta e radicata “internazionalizzazione” e “costituzionalizzazione”, allo stesso tempo, degli ordinamenti nazionali.

È interessante soffermarsi, sia pure con la rapidità imposta a questo studio, sul punto. Gli studiosi sono portati perlopiù a volgere lo sguardo sul primo aspetto, trascurando invece il secondo ed anzi mettendo in rilievo come proprio grazie al “dialogo” sempre più fitto che si intrattiene tra le Corti siano le Carte di origine esterne a tendere alla loro crescente “costituzionalizzazione”, non già – si dice – di certo le Carte nazionali che già sono *pleno iure... costituzionali*.

In realtà, i due profili suddetti non possono andare disgiunti, sono piuttosto le due facce di cui si compone il volto di ciascuna Carta. Per ciò che specificamente riguarda la nostra legge fondamentale, è fuor di dubbio che quest’ultima, grazie al principio fondamentale di apertura di cui agli artt. 10 ed 11, si vada sempre di più “internazionalizzando”. Si fatica, invece, a prendere atto del concorso che, per tale via, può aversi alla stessa piena “*costituzionalizzazione*” della *Costituzione*. Come si è tentato infatti di mostrare in altri luoghi, è anche sfruttando come si deve nella pratica giuridica, nelle sue plurime espressioni, il principio in parola che può aversi compiuta affermazione della identità costituzionale e diffusa e retta consapevolezza della stessa da parte degli organi di apparato come pure della comunità governata. È singolare che ancora oggi si guardi con malcelata diffidenza al principio in parola, quasi che per il suo tramite possa mettere piede in ambito interno il cavallo di Troia che dà modo al nemico di impossessarsi della cittadella

Tarico: *il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 11, 2018, p. 23 maggio 2018; P. DE PASQUALE, *Rapporti tra le fonti di diritto dell’Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec., maggio 2019, p. 200 ss.; S. NINATTI, *Dalle tradizioni costituzionali comuni all’identità costituzionale il passo è breve? Riflessioni introduttive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 31, 2018, 11 novembre 2019, p. 102 ss.; M. FICHERA, O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *Germ. Law jour.*, 20(8), 2 dicembre 2019, p. 1097 ss.; V. RUBINO, *La tutela interordinamentale dei diritti fondamentali dopo la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale italiana: quali ricadute nello spazio economico e giuridico europeo?*, in *Dir. com. sc. int.*, 1-2, 2019, p. 123 ss., spec. p. 134 ss.

statale e distruggerne, appunto, la identità costituzionale. Come mi affanno a dire da tempo²⁹, si dimentica però così che il principio di apertura fa parte del nostro DNA costituzionale e che non ha minore dignità dei principi fondamentali restanti, tutti al servizio della persona umana e dei suoi diritti.

Sappiamo bene in quale congiuntura storico-politica sono venute alla luce le Carte costituzionali del secondo dopoguerra e sappiamo bene dunque che gli artt. 10 e 11 sono figli di questa storia, pensati al fine di preservare quei valori di democrazia, libertà, eguaglianza e, in ultima istanza, dignità della persona umana che erano stati calpestati da uomini trasformati in belve feroci.

Il principio di apertura è, per la sua parte, elemento indefettibile del quadro costituzionale, *condicio sine qua non* della salvaguardia dei valori suddetti che, senza la pace e la giustizia tra le nazioni, non hanno alcuna speranza di potersi affermare. Il principio di apertura è, dunque, a un tempo, elemento costitutivo e bastione della identità costituzionale; e, poiché il principio stesso è stato pensato a salvaguardia della persona e dei suoi diritti, è di tutta evidenza che esso naturalmente “filtra” e consente di far passare in ambito interno unicamente ciò che si dispone al servizio della persona stessa, per la ottimale affermazione dei suoi diritti, non già ciò che le può recare nocimento o, come che sia, un impoverimento delle garanzie preposte per la sua affermazione.

La massimizzazione della tutela dei diritti può davvero considerarsi una sorta di “metaprinzipio” o, diciamo pure, è la vera e propria *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali e del “sistema di sistemi” che, per il loro tramite, va gradatamente costruendosi pur tra non poche difficoltà e resistenze, legate, per un verso, alle plurime ed ingravescenti emergenze che affliggono il tempo presente e, per un altro verso, alla mai sopita vocazione all’affermazione di un nazionalismo costituzionale tanto pervasivo quanto però sterile ed improponibile nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e da vincoli discendenti dalla Comunità internazionale viepiù stringenti³⁰.

Ebbene, il “metaprinzipio” in parola è parte integrante della struttura di ogni norma materialmente costituzionale, interna o esterna che sia, che dà il riconoscimento dei diritti, e segnatamente, per ciò che riguarda il nostro ordinamento, degli artt. 2 e 3, espressivi di quella che piace a me chiamare la *coppia assiologica fondamentale* di libertà ed eguaglianza; e lo è, per la elementare ragione che ogni principio fondamentale tende – come sappiamo – alla propria “tirannica” affermazione³¹, comunque alla massima espansione possibile alle condizioni oggettive di contesto. Ciò che però maggiormente qui mi preme mettere in chiaro è che il “metaprinzipio” suddetto è di già insito nella struttura e funzione del principio di apertura, siccome pensato – come si è rammentato – al servizio della persona

²⁹ Tra gli scritti più recenti nei quali ho tenuto a rimarcare il punto, v. il mio *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit.

³⁰ Sul canone fondamentale in parola il confronto tra gli studiosi è assai animato: tra i suoi più agguerriti detrattori è R. BIN, che ne ha trattato a più riprese [part., in *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. p. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto costituzionale*, 1, 2019, p. 11 ss., spec. p. 21 ss., e, ora, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, p. 757 ss., spec. p. 764 e nt. 15, nonché nell’intervista su *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, a cura di R. G. Conti, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 10 aprile 2019, e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R. G. Conti, Milano, 2020, p. 1 ss.]; dal mio canto, mi sono in più scritti dichiarato convinto sostenitore della centralità del ruolo da esso giocato al piano delle relazioni interordinamentali [v., dunque, di recente, il mio *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit., oltre all’intervista, sopra cit.].

³¹ Ovvio il richiamo qui alla famosa indicazione teorica schmittiana.

umana nella sua interezza, in ispecie appunto nella sua indeclinabile aspirazione a vedere appagati i propri bisogni elementari, i più diffusi ed intensamente avvertiti, attingendo ad ogni risorsa al riguardo spendibile, anche dunque a quelle apprestate dalle Carte aventi origine esterna (e, tra queste, per ciò che qui è di specifico interesse, la CEDU).

6. *L'integrazione del catalogo costituzionale dei diritti non già ricorrendo alle procedure di cui all'art. 138 bensì per il tramite delle Carte in genere e della CEDU in ispecie*

Le Carte dei diritti poi – e il punto è di particolare rilievo – non entrano in campo unicamente a rinforzo delle garanzie dei diritti già riconosciuti dalla Costituzione ma svolgono un ruolo “sussidiario” nei riguardi di quest’ultima (e delle norme nazionali in genere) anche in ordine al riconoscimento di diritti che in ambito interno non risultano provvisti di esplicita previsione. L’opera di svecchiamento e di rigenerazione del tessuto normativo di produzione interna si estende, dunque, alla sua sostanziale integrazione per via alternativa – come si vede – a quella della revisione costituzionale a mezzo delle procedure allo scopo predisposte.

Sia chiaro. Gli organi nazionali (a partire proprio dai tribunali costituzionali, tra i quali il nostro) sono restii ad ammettere che si sia avuta ed incessantemente si abbia una siffatta “costituzionalizzazione” anomala, a mezzo di atti di origine internazionale e sovranazionale, del catalogo costituzionale dei diritti. Si può anche capire, ma non giustificare, un atteggiamento siffatto che risente di un condizionamento psicologico evidente, seppur abilmente celato.

Il nostro tribunale costituzionale, nella stessa pronunzia (dietro richiamata) con cui ha efficacemente rappresentato la dinamica delle Carte e la loro mutua integrazione nei fatti interpretativi, non ha mancato di far notare che *in ogni caso* la legge fondamentale della Repubblica non offre una tutela meno intensa ai diritti di quella che ad essi viene da documenti normativi di origine esterna. È vero che ha poi dovuto riconoscere (così, part., nella sent. n. 25 del 2019) che la CEDU appresta talora una tutela più ampia ai diritti, ma l’*animus* nettamente dominante è proprio quello appena indicato e reso peraltro palese dal ricorso a quelle tecniche, cui si è già fatto cenno, conducenti per l’una o l’altra via a proiettare in primo piano sulla scena la Carta costituzionale, lasciando nell’ombra gli altri documenti materialmente costituzionali.

Ad ogni buon conto, se si guarda al risultato ad oggi raggiunto nel corso di questa vicenda ed alle ulteriori acquisizioni che potrebbero aversene nel prossimo futuro, si ha conferma del fatto che alle innovazioni costituzionali non avutesi con fonte di produzione interna si è largamente supplito, a piene mani, proprio a mezzo delle Carte di origine esterna (tra le quali, con centralità di posto, la CEDU).

Considero questa un’autentica manna venuta dal cielo, specie se si considerano, per un verso, le resistenze culturali che a tutt’oggi si hanno ad ammettere che anche la parte sostantiva della Costituzione (specie, appunto, per ciò che concerne i diritti) possa esser fatta oggetto di innovazioni con leggi approvate in applicazione delle procedure di cui all’art. 138 e, per un altro verso, le difficoltà alle quali sono andate e vanno incontro le stesse leggi comuni nel venire alla luce e dare protezione ai nuovi diritti: leggi che, poi, quando finalmente riescono ad essere varate sono non di rado investite da aspre contestazioni e non pochi ed incisivi interventi correttivi ed integrativi da parte dei giudici,

operati sia alla luce del sole e sia pure a mezzo di sostanziali manipolazioni in sede interpretativa³².

Non va poi trascurata la circostanza per cui, nella latitanza del legislatore costituzionale, non è affatto la stessa cosa che il riconoscimento dei nuovi diritti si sia avuta (e si abbia) con legge ordinaria ovvero per il tramite di fonti a questa comunque sovraordinate, quali sono le Carte in discorso (tra le quali, appunto, la CEDU).

Il vero è che non si è fatto (e, con ogni probabilità, non si farà) ricorso alle procedure aggravate della revisione costituzionale per due ragioni, entrambe tuttavia dotate di assai gracile fondamento o, a dirla tutta, del tutto infondate.

Da un canto, si teme infatti che un’operazione siffatta finisca poi con il coinvolgere i principi fondamentali, comunemente considerati insuscettibili di revisione³³. Un argomento che, però, si confuta da sé, ove si consideri che non è affatto detto che ciò si abbia e che, anzi, nulla esclude che gli stessi enunciati espressivi di principi siano fatti oggetto di revisione testuale, a mia opinione consentita e persino auspicabile a finalità inclusiva³⁴.

Da un altro canto, si ritiene che la revisione formale non sia necessaria, a motivo della formidabile duttilità strutturale degli enunciati e, soprattutto, delle aperture offerte dall’art. 2, trascurandosi tuttavia il dato elementare e di comune evidenza per cui la lettera ha, sì, la funzione di delimitare l’area entro cui può aver luogo la ricerca dei significati astrattamente possibili degli enunciati ma non può portare alla “invenzione” *ex nihilo* di ciò che deborda dalla stessa.

Sta di fatto che più d’una ragione depone a favore dell’aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti ricorrendo alle procedure dell’art. 138³⁵, se non altro al fine di rimettere in sesto un rapporto fortemente squilibrato tra legislatore e giudici, nei cui riguardi l’inerzia del primo in buona sostanza si converte in una sorta di “delega” tacita o di cambiale in bianco per ciò che attiene al riconoscimento dei nuovi diritti. Rischi non da poco, poi, si corrono anche per il caso che il legislatore si attivi in tal senso ma ricorrendo allo strumento della legge comune: francamente ripugnante è, infatti l’idea che questioni di cruciale rilievo, quali sono quelle riguardanti l’inizio e la fine della esistenza umana, possano essere definite dalla maggioranza politica di turno e non già – come a me pare necessario – con il fattivo concorso anche delle opposizioni, sì da acquisire la garanzia che nella disciplina in tal modo venuta alla luce si rispecchino i più larghi e diffusi convincimenti in seno al corpo sociale circa i bisogni meritevoli di tutela.

Sappiamo bene che le vicende della revisione possono sfociare in esiti che vedano su fronti contrapposti schierati i rappresentanti in Parlamento; ammesso (ma non concesso) che questo possa pure esser tollerato per ciò che attiene alla parte organizzativa della

³² Illuminante, al riguardo, la vicenda che ha interessato la legge 40 del 2004, riscritta – come si sa – in punti di non secondario rilievo dalla giurisprudenza costituzionale.

³³ Dei limiti alla revisione costituzionale si è, di recente, discusso in occasione del Convegno di Catanzaro su *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit.

³⁴ V., infatti, quanto se ne dice nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., p. 367 ss.

³⁵ Della bontà di quest’idea sono da tempo convinto (v., ad es., il mio *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, Relazione al Convegno su *Nel sessantesimo della Costituzione italiana e della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*, Bologna 9 giugno 2008, in *Rendiconti degli anni 2007-2008 dell’Accademia delle Scienze dell’Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali*, Bologna 2009, p. 215 ss., nonché in www.associazionedeicostituzionalisti.it).

Carta³⁶, non può di certo valere in merito a quella sostantiva, in ispecie appunto per ciò che attiene al riconoscimento di diritti fondamentali che, proprio perché tali, non possono mai considerarsi “propri” o tipicamente espressivi di alcuni e non di altri ma sono (e devono essere) di *tutti*. Altro discorso è che, poi, questa indicazione resti senza seguito e risulti pertanto nei fatti non rispettata; ciò non toglie, ad ogni buon conto, che essa debba valere. D’altro canto, com’è noto, non poche sono le prescrizioni (specie costituzionali) sprovviste di sanzioni a loro tutela, restando a conti fatti demandata la loro osservanza al dovere di fedeltà alla Repubblica ed ai suoi valori³⁷.

Senza ora dilungarci ulteriormente sul punto, la cui trattazione porterebbe troppo oltre l’*hortus conclusus* entro il quale questo studio è tenuto a stare, se proprio dobbiamo pensare ad una sorta di “surrogato” rispetto a quello di una prima ed essenziale disciplina con fonte di rango costituzionale, non ho dubbio alcuno – come si diceva – a riguardo del fatto che il ruolo “sussidiario” esercitato dalle Carte dei diritti risulti essere il più rispondente al modello, quale qui nelle sue linee di fondo rappresentato.

Lo è per più d’una ragione. È vero, infatti, che le Carte sono poi recepite in ambito interno con legge comune; e, tuttavia, per un verso, la loro formazione, col fatto stesso di aversi a seguito di procedure sovente lunghe e complesse e – ciò che più importa – largamente partecipate³⁸, sono sicura garanzia circa la corretta ricognizione operata dei bisogni elementari dell’uomo cui le Carte stesse danno voce. Per un altro verso, poi, non si dimentichi che le stesse leggi comuni con cui tali documenti normativi sono recepiti in ambiti interno sono pur sempre tipizzate nella competenza, vale a dire non sono in tutto e per tutto eguali alle altre leggi, tanto per i profili di forma quanto per quelli di sostanza. Non insisto, poi, qui nel patrocinarne ancora una volta la tesi, nella quale da tempo mi riconosco, favorevole in via generale a tener fermo il principio di corrispondenza tra materia e forma costituzionale *in ogni sua possibile applicazione*, da cui consegue che, diversamente dai “comuni” trattati internazionali, le Carte dei diritti dovrebbero essere immesse in ambito interno con legge costituzionale; ciò che, poi, a conti fatti, farebbe tornare all’ipotesi di partenza sopra ragionata. Insomma, rispetto ad una disciplina con legge comune *a tutti gli effetti*, frutto di autarchica elaborazione e potenzialmente divisiva, è di sicuro preferibile una misurata e vigilata, di certo comunque non inflazionata³⁹,

³⁶ Basti solo rammentare che la riscrittura del Titolo V si è avuta nel 2001 con una manciata di voti di scarto e che parimenti divisivo è stato il tentativo, non riuscito, posto in essere nel 2016 dal Governo Renzi di far luogo ad un’ampia riforma della seconda parte della Costituzione.

³⁷ Sarebbe d’altronde da ingenui immaginare che la Consulta possa caducare una legge costituzionale che dia il riconoscimento di un nuovo diritto sol perché venuta alla luce a stretta maggioranza; e, a dirla tutta, è assai difficile che, pur laddove per i suoi contenuti meriterebbe di essere caducata, si pervenga poi a quest’esito. L’esperienza maturata sul terreno della organizzazione piuttosto c’insegna che, anziché far luogo ad una decisione di “rottura”, il giudice costituzionale preferisce riscrivere per via interpretativa gli enunciati costituzionali, facendone oggetto di corposi adattamenti. Emblematico, al riguardo, come si sa, ciò che si è avuto (e seguita senza sosta ad aversi) con riguardo al nuovo Titolo V.

³⁸ Si pensi appunto al numero degli Stati che hanno recepito la CEDU.

³⁹ Ogni eccesso è gravido comunque di negative valenze. Il riconoscimento di nuovi diritti infatti – si abbia a mezzo di leggi costituzionali ovvero di nuove Carte venute alla luce in seno alla Comunità internazionale e quindi recepite in ambito interno –, laddove si abbia in modo incontrollato, porta poi all’effetto di far partecipare i nuovi diritti ad operazioni di bilanciamento con i vecchi, con i sacrifici per tutti ad esse conseguenti. È necessario, insomma, procedere lungo questa via con somma prudenza ed oculatezza, facendosi luogo alla positivizzazione dei nuovi diritti unicamente laddove risulti autenticamente sorretta da quelle *consuetudini culturali* di riconoscimento diffuse nel corpo sociale, di cui si faceva poc’anzi parola. È poi

produzione di Carte in seno alla Comunità internazionale, alla quale ad ogni buon conto anche il nostro Stato possa dare il proprio fattivo e costruttivo apporto.

La CEDU risponde appieno ai requisiti ora indicati; e non occorre di certo addurre qui elementi a conferma di ciò che essa ha rappresentato (e rappresenta) per la fioritura della pianta dei diritti nei terreni nei quali se n'è avuto il radicamento⁴⁰. È sufficiente, infatti, anche solo una rapida scorsa data ai Commentari venuti alla luce con riguardo alla CEDU (e lo stesso dicasi per la Carta di Nizza-Strasburgo)⁴¹ per avere numerose e convergenti testimonianze del ruolo da essa avuto su tutti i “tavoli” su cui quotidianamente si giocano le partite dal cui esito dipende la sorte dei diritti⁴².

Quanto a quello al quale siedono i giudici, come si è qui pure già segnalato, il “dialogo” sempre più fitto che tra di essi s'intrattiene, pur conoscendo non pochi motivi di frizione ed anche di conflitti assai aspri, ha dunque, di sicuro, complessivamente concorso (e concorre) a far crescere forte e rigogliosa la pianta suddetta, malgrado l'inclemenza del

pur vero che – come si diceva – assai difficilmente la Consulta si determinerà a caducare un disposto normativo per il fatto di aver operato una infedele trascrizione di una delle consuetudini suddette.

⁴⁰ ... malgrado il “tasso” delle violazioni e delle inadempienze in fase di esecuzione dei verdetti della Corte europea, anche da parte del nostro Stato che di certo non brilla per scrupolosa e fedele osservanza della Convenzione, seguiti a mantenersi ancora troppo elevato, per quanto si sia invero registrato un calo sensibile nel corso del 2018 [indicazioni nella Relazione al Parlamento per l'anno 2018 della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Affari Giuridici e Legislativi su *L'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano*, cit., spec. p. 13 ss.; in dottrina, v., tra gli altri, A. OSTI, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 4, 2017, p. 851 ss.; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit.; R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2018, 24 dicembre 2018, p. 618 ss.; V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Frosinone, 2019, e, dello stesso, *Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2019, 23 aprile 2019; AA.VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, cit.; F. NOCETO, *Intorno alla sentenza CEDU in tema di violazione dei diritti umani e (ir)revocabilità del giudicato civile*, in *Pol. dir.*, 2, 2019, p. 337 ss.; G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, contributo all'incontro di studi su *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, Torino 17-18 ottobre 2019, in corso di stampa in *Dir. soc.*; E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relaz. al Seminario su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, in *Rivista Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3, 2019, 5 dicembre 2019, p. 116 ss., e, nella stessa *Rivista*, C. SICCARDI, *I ricorsi “in via diretta” alla Corte EDU riguardanti una legge o un'omissione legislativa: una potenziale alternativa al giudizio in via incidentale?*, 1, 2020, 17 gennaio 2020].

⁴¹ V., dunque, almeno AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura della stessa A. Di Stasi, Padova, 2016, e, con riferimento alla Carta di Nizza-Strasburgo, AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Milano, 2017. V., inoltre, V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*², Bologna, 2019.

⁴² Per dare un minimo di concretezza al discorso che si va ora facendo, se, ad es., la giurisprudenza costituzionale ha mutato registro nel 2013, con la sent. n. 278, in ordine al diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche, lo si deve – dichiaratamente – all'orientamento manifestato pochi mesi addietro dalla Corte EDU in *Godelli c. Italia*; e se la decisione immediatamente seguente della Consulta, la 279, ha detto ciò che ha detto in merito alla spinosa questione del sovraffollamento carcerario, che ha quindi ispirato misure attese da anni da parte del legislatore al fine di porvi rimedio, ebbene ancora una volta evidente è l'influenza al riguardo esercitata dalla giurisprudenza europea. E così pure in un numero davvero considerevole di casi (si pensi solo a ciò che hanno rappresentato per le pratiche giuridiche di diritto interno, normative e giurisprudenziali, le aperture venute da Strasburgo con riguardo al rispetto della vita privata e familiare, e via dicendo).

tempo presente gravato da soffocanti emergenze e, in genere, da un tappeto di nubi fosche e minacciose⁴³.

7. *Al tirar delle somme: la “forza normativa” variabile della CEDU in ragione delle tecniche decisorie di volta in volta utilizzate*

L’analisi fin qui svolta porta, in conclusione, a dire che non è possibile discorrere di una “forza normativa” della CEDU (e, *mutatis mutandis*, di altre Carte) che resti sempre uguale e fedele a se stessa, dotata di una sola valenza ed idonea ad esprimersi in forme comunque ripetitive. E ciò, per la elementare ragione che le tecniche decisorie che ne consentono l’affermazione, con specifico riguardo alle esperienze delle giurisdizioni, nelle loro varie espressioni ed ai diversi livelli istituzionali ai quali prendono corpo, si presentano quali strumenti multiuso.

Non ho dubbi, ad ogni buon conto, a riguardo del fatto che il piano al quale si può tentare la “misurazione” della forza stessa ed apprezzarne al meglio la qualità sia non già quello usualmente percorso dalla teoria delle fonti, in ispecie da una teoria d’ispirazione formale-astratta, bensì l’altro della teoria della interpretazione, nelle sue plurime espressioni di ordine culturale.

Ci si avvede così della impossibilità di accostare le vicende della CEDU (e, in genere, delle Carte dei diritti) a quelle dei comuni trattati internazionali, assumendo che tutti tali documenti normativi godano della medesima protezione loro assicurata in ambito interno dall’art. 117, I c., laddove la prima e più qualificante “copertura” costituzionale – come qui pure si è tentato di mostrare – viene alle Carte offerta dalla coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza, nel suo fare “sistema” con i principi fondamentali restanti. Insomma, un trattamento, quello riservato nell’ordine interno, alla CEDU che sostanzialmente non differisce da quello che è proprio della Carta dell’Unione, superando l’artificioso steccato eretto dalla teoria corrente delle fonti tra il diritto eurounitario, provvisto di forza “paracostituzionale”⁴⁴ e dotato della “copertura” dell’art. 11, e il diritto internazionale avente invece rango “subcostituzionale” e privo della “copertura” suddetta⁴⁵.

⁴³ Particolarmente insidioso è il rigurgito di un nazionalismo becero ed insensato che va diffondendosi sempre di più, da noi come altrove, e che peraltro contagia talora anche quei giudici che indulgono ad atteggiamenti non occasionali di chiusura, animati dall’intento di far valere una (impossibile) *primauté* della Carta che sta a base dell’ordinamento di appartenenza rispetto alle Carte a quest’ultimo esterne.

⁴⁴ È stata di recente affacciata da un’accreditata dottrina [O. CHESSA, *Alcune osservazioni critiche al «pluralismo costituzionale» di Antonio Ruggeri*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 11 ottobre 2019] l’idea secondo cui alle norme di diritto derivato non andrebbe riconosciuto rango costituzionale: una tesi che, tuttavia, fa a pugni con un radicato diritto vivente, in ambito nazionale e prima ancora sovranazionale, e con la ragione stessa della istituzione delle Comunità europee prima e, quindi, dell’Unione, minando in radice il principio della *primauté* del diritto eurounitario. D’altro canto, se è vero che la pace e la giustizia tra le nazioni sono salvaguardate per il fatto stesso della esistenza dell’Unione, devitalizzare, sia pure in parte, la forza delle norme dalla stessa prodotte comporta comunque un *vulnus* ai valori suddetti.

⁴⁵ Per vero, una nutrita schiera di studiosi, dalla cui parte non esito a schierarmi, ha da tempo e con dovizia di argomenti patrocinato l’estensione della “copertura” dell’art. 11 anche alla CEDU; sappiamo, però, che di quest’idea non si è – perlomeno ad oggi – dichiarata la Consulta, già a partire dalle sentenze “gemelle” del 2007, malgrado proprio la sent. 349 espressamente riconoscesse il carattere “istituzionale” del Consiglio d’Europa (invita a fermare l’attenzione sul punto A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. p. 138 ss.). È probabile che quest’orientamento del giudice delle leggi trovi

Le Carte, infatti, sono sollecitate dai casi della vita ad esibire nel mercato dei diritti quanto di meglio ciascuna di esse ha da offrire, giocandosi ad armi pari la partita sia *inter se* e sia con la Costituzione: sono, cioè, portate dalla loro peculiare natura e indeclinabile vocazione non già ad escludersi a vicenda dall’arena in cui si svolge la partita bensì a darsi mutuo soccorso, integrandosi – come si diceva – reciprocamente nei fatti interpretativi, in vista dell’ottimale appagamento dei diritti in campo.

La vicenda dei diritti non si svolge, ad ogni buon conto, su un terreno piano e scevro di insidie; di contro, numerosi sono i rischi ai quali essi possono andare incontro. E, d’altro canto, le tecniche decisorie delle quali le Corti quotidianamente si avvalgono sono strumenti estremamente delicati da usare e possono talora portare ad esiti non conformi alla loro genuina vocazione.

La questione maggiormente spinosa ed inquietante – come si è veduto – è quella che attiene alla “forza normativa” della CEDU (e delle altre Carte) nei riguardi... *degli stessi garanti*, vale a dire di coloro che dovrebbero assicurarne il rispetto. È qui che si misura ed apprezza l’attitudine delle Carte a concorrere per la loro parte al mantenimento del complessivo equilibrio tra il diritto costituzionale (in senso materiale) e la politica, anche dunque della politica che si afferma presso le sedi in cui si amministra giustizia ogni qual volta venga a farsi un uso distorto, per difetto ovvero (e soprattutto) per eccesso, delle tecniche decisorie suddette.

giustificazione, per un verso, nel timore che, riconosciuta la “copertura” in parola, sarebbe giocoforza ammettere l’attitudine anche delle norme convenzionali ad essere portate ad immediata applicazione e, per un altro verso, che esse pure assurgerebbero al rango “paracostituzionale” che è proprio delle norme (ieri comunitarie ed oggi) eurounitarie.

Né l’uno né l’altro argomento, però, sono proponibili. Non il primo, dal momento che il carattere *self executing* delle norme eurounitarie discende non già da una (supposta ma inesistente) abilitazione venuta dall’ordinamento interno bensì da un riconoscimento che è negli stessi Trattati e che costituisce il *quid proprium* del diritto sovranazionale, della sua natura e funzione [su ciò, *ex plurimis*, AA.VV., *L’effetto diretto delle fonti dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell’Unione e fonti interne*, a cura di M. Distefano, Napoli, 2017; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018; A. ARENA, *Sul carattere “assoluto” del primato del diritto dell’Unione europea*, in *St. integr. eur.*, 2, 2018, p. 317 ss.; A. RASI, *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell’Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2018, p. 555 ss.; A. IERMANO, *L’effetto diretto nelle situazioni triangolari e i relativi “limiti” nei rapporti internazionali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (www.fsjeurostudies.eu), 2018, 1 marzo 2018, p. 27 ss.; L. S. ROSSI, *The relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and Directives in horizontal situations*, in www.eulawanalysis.blogspot.com, 25 febbraio 2019; i contributi di V. PICCONE, *Diritti fondamentali e tutele nel difficile “crossroad” fra le Corti*; G. AMOROSO, *Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie del lavoratore: rinvio pregiudiziale interpretativo versus questione incidentale di costituzionalità*; G. BRONZINI, *Il “Tritico” della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, tutti in www.federalismi.it, 10/2019, 22 maggio 2019]. È poi pur vero che – come si è tentato di mostrare altrove –, perlomeno ad alcune norme della Convenzione ed al ricorrere di certe circostanze, può (e, anzi, deve), a mio modo di vedere, essere riconosciuto il carattere suddetto. Non il secondo, poi, se si conviene a riguardo del fatto che, per un verso, ancora una volta, la *primauté* del diritto stesso nei riguardi delle norme nazionali in genere fa parte del suo DNA, quale risultante dai Trattati, e, per un altro verso, se bastasse a determinare l’efficacia immediata delle norme di origine esterna la “copertura” da parte di un principio fondamentale della Costituzione, essa dovrebbe valere a beneficio di ogni norma internazionale, tutte aventi la loro ragion d’essere nel bisogno di preservare la pace e la giustizia tra le nazioni. Così, però, come sappiamo non è, in forza di una scelta fatta dallo stesso Costituente e volta a tenere comunque distinto il regime proprio delle norme internazionali pattizie da quello spettante alle norme generalmente riconosciute. Quanto, poi, alle norme delle Carte dei diritti, è proprio la “copertura” ad esse offerta dalla coppia assiologica di libertà ed eguaglianza a far sì che il loro trattamento resti ad ogni modo diverso da quello valevole per le “comuni” norme pattizie.

Anche per l'aspetto di cruciale rilievo ora in esame si coglie il significato del "dialogo" tra le Corti, ove si tenga presente che la pluralità dei garanti e la sollecitazione ad essi naturalmente venuta dai casi a confrontarsi ed a cooperare nella ricerca delle soluzioni maggiormente appaganti per i diritti costituisce, a conti fatti, la migliore risorsa di cui si dispone avverso le deviazioni dagli argini fissati per l'esercizio della giurisdizione, unitamente all'altra costituita dalla scrupolosa osservanza dei canoni che presiedono all'esercizio della giurisdizione stessa⁴⁶.

Come si è fatto in altri luoghi notare, una Corte che si disponga in sovrana solitudine a somministrare le sue "verità" di diritto costituzionale senza soggiacere a sostanziale controllo altrui può cedere alla tentazione di manipolare la Carta di cui è garante, sia pure al nobile fine di assicurare tutela a diritti che altrimenti ne sarebbero privi. Il rischio è, insomma, quello della innaturale conversione del garante in un decisore politico, anzi nel massimo dei decisori, commutandosi in un vero e proprio potere costituente permanente.

Di contro, una Corte che sa di dovere comunque tenere conto degli orientamenti di altre Corti ha in questi ultimi il limite culturale al quale soggiace, per ciò stesso restando comunque maggiormente salvaguardata la "giurisdizionalità" della giurisdizione e, allo stesso tempo, crescendo le opportunità di un'adeguata tutela dei diritti per effetto dell'applicazione alle relazioni interordinamentali del "metapprincipio" della massimizzazione della tutela stessa. La circostanza, infatti, che uno stesso diritto sia congiuntamente riconosciuto da più Carte, in relazione alle quali prendano dunque forma più indirizzi interpretativi ad opera delle Corti che ne sono garanti, porta naturalmente all'esito del confronto tra queste ultime, agevolandone quindi, sia pure con la necessaria gradualità, la convergenza al servizio della persona umana e dei suoi diritti.

⁴⁶ Questione assai spinosa ed inquietante, questa, della quale si è in altre sedi discorso ed alla quale non può qui farsi neppure un cenno. Mi limito solo a rilevare un dato, a mia opinione non casuale, vale a dire come il "tasso" di politicità dei giudizi di costituzionalità abbia avuto, nel tempo a noi più vicino, una preoccupante impennata verso l'alto proprio in concomitanza con frequenti scostamenti da parte della Consulta dai canoni relativi allo svolgimento dei suoi giudizi [in argomento, quanto alla prevalenza della c.d. "anima" politica su quella giurisdizionale, v., tra gli altri C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bologna, 2012; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, cit.; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. Romboli, Torino, 2017; G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino, 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11, 2018, p. 123 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 251 ss. (sul cui pensiero, criticamente, v. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, cit., p. 757 ss., ed E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, p. 777 ss.); R. DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli "animali fantastici"*. The final cut, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, 7 gennaio 2020, p. 1 ss. In prospettiva comparata, per tutti, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti - E. Ferioli, Bologna, 2018. In merito, poi, alle deviazioni dalle regole sul processo, v., part., R. ROMBOLI, che ne ha trattato a più riprese: ad es., in *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli, 2011, p. 2995 ss.; *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3, 2015, p. 607 ss., e *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, cit., p. 10 ss. Adde, ora, utilmente, R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1897 ss.]