

## PRESENTAZIONE \*

*Antonio Ruggeri*

SOMMARIO: 1. I benefici che possono attendersi dalla comparazione tra diversi modelli ed esperienze, a motivo della naturale, indeclinabile vocazione dei diritti fondamentali ad universalizzarsi e, a un tempo, a contestualizzarsi, gli ostacoli che si frappongono alla crescita della pianta dei diritti e le risorse alle quali attingere allo scopo di vederla fiorire (con specifico riguardo al “dialogo” intergiurisprudenziale). – 2. Gli effetti prodotti dalle pronunzie delle Corti non nazionali, l’influenza culturale che le stesse sono in grado di esercitare nei riguardi delle Corti nazionali, la mutua integrazione delle Carte dei diritti nei fatti interpretativi. – 3. La tentazione cui le Corti sovente non resistono di considerare le Carte, di cui ciascuna di esse è garante, immuni da lacune e imperfezioni, che però nei fatti le porta a frequenti ed incisive manipolazioni delle Carte stesse, le tecniche decisorie allo scopo utilizzate, l’esito ad esse conseguente dell’affermazione dell’“anima” politica su quella giurisdizionale caratterizzanti nella loro mutua composizione la peculiare natura dei guardiani dei diritti. – 4. L’inquietante dilemma relativo a *chi controlla i controllori*, i tre rimedi allo scopo utilizzabili, il “metapprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti e la scivolosa e non di rado sofferta ricerca del modo con cui farlo valere, in un contesto comunque segnato dalla parità delle Carte (e, di conseguenza, delle Corti). – 5. Le oscillazioni cui la giurisprudenza nazionale è soggetta tra i vincoli discendenti *ab extra* (e, segnatamente, quello alla cooperazione coi giudici sovranazionali) e il richiamo che viene dal dovere di fedeltà ai valori fondamentali di diritto interno.

1. *I benefici che possono attendersi dalla comparazione tra diversi modelli ed esperienze, a motivo della naturale, indeclinabile vocazione dei diritti fondamentali ad universalizzarsi e, a un tempo, a contestualizzarsi, gli ostacoli che si frappongono alla crescita della pianta dei diritti e le risorse alle quali attingere allo scopo di vederla fiorire (con specifico riguardo al “dialogo” intergiurisprudenziale)*

Le Giornate di studio che oggi si inaugurano cadono in una stagione segnata da gravi tensioni e contraddizioni, alle quali dà fiato il rigurgito di

---

\* Lo scritto è aggiornato alla data di svolgimento delle Giornate.

un populismo becero ed invasivo, senza frontiere, che si alimenta da un non meno aggressivo e improponibile nazionalismo che ha, tra l'altro, preso di mira la Corte di Strasburgo al punto di prospettarne la stessa chiusura<sup>1</sup>. In siffatta congiuntura, ancora più di ieri, dobbiamo con le nostre riflessioni rivedere sotto la giusta luce le esperienze maturate in merito alla protezione dei diritti fondamentali, alla quale le Corti non nazionali hanno dato (e danno), pur tra molte difficoltà e nella loro quotidiana operosità, un fattivo concorso.

Alle nostre Giornate si affidano molte speranze: si confida, in primo luogo, che possano ricevere ulteriore conferma alcune idee da tempo circolanti e, allo stesso tempo, avere una qualche chiarificazione concetti che risultano oggetto di animati dibattiti, a partire da quello di diritto fondamentale, caricato di significati anche sensibilmente divergenti<sup>2</sup>, come pure per ciò che concerne il riconoscimento dei singoli diritti, i quali nondimeno proprio nella giurisprudenza (nazionale e non) rinvergono un punto di riferimento costante e di cruciale rilievo al fine della loro complessiva conformazione e del loro appagamento, pur nelle difficili e talora proibitive condizioni del tempo presente.

Il confronto tra modelli ed esperienze processuali diversi, per discipline positive e soprattutto condizioni istituzionali relative al loro svolgimento, si rivela al riguardo prezioso, se non altro per le indicazioni che possono aversene circa la possibilità di trapiantare schemi d'inquadramento e soluzioni operative dall'un contesto all'altro, dei limiti in cui ciò può aversi, dei benefici che è ragionevole attendersi<sup>3</sup>.

Si dà, d'altronde, una giustificazione teorica di fondo a sostegno di siffatta comparazione che, proprio al piano sul quale maturano le vicende dei diritti fondamentali più che su ogni altro (quale, ad es., quello delle di-

<sup>1</sup> Negli ultimi giorni di luglio di quest'anno è circolata una dichiarazione in tal senso del nostro Ministro degli interni, M. Salvini, a fronte della quale si è avuta la ferma reazione dell'Unione camere penali. Indicativa, poi, della insofferenza e del vero e proprio rigetto manifestati in taluni ambienti politici nei riguardi della giurisprudenza europea è la vicenda del campo rom, del quale il Sindaco di Roma ha disposto lo sgombero malgrado si fosse avuta l'adozione di un provvedimento d'urgenza di sospensione di tale misura, ai sensi dell'art. 39 del regolamento della Corte EDU (sulla vicenda, R. CONTI, *La Corte Edu attaccata, ieri e oggi. Di chi è la colpa?*, in *Quest. giust.*, 28 luglio 2018).

<sup>2</sup> Se n'è avuta, non molto tempo addietro, conferma dal confronto registratosi in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016 su *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

<sup>3</sup> Se n'è avuta conferma, proprio con riguardo al tema che ci accingiamo a dibattere, dalla corposa ricerca su *La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, curata da L. Casseti, A. Di Stasi e C. Landa Arroyo, Jovene, Napoli 2014: un'autentica miniera di informazioni e suggestioni; di L. CASSETTI, v., inoltre, tra i molti suoi contributi, con specifico riguardo ai diritti sociali, *La «costruzione» dei diritti sociali nell'approccio della Corte interamericana e della Corte europea di Strasburgo: contenuto, limiti e prospettive della «comunicazione» giurisprudenziale*, in AA.VV., *Diritti, garanzie ed evoluzioni dei sistemi di protezione*, a cura della stessa C., Quad. della ricerca *diritti-cedu.unipg.it*, Perugia 2016, 339 ss.

namiche della forma di governo), rinviene il suo *humus* naturale e potenzialmente più fertile al quale attecchire. Ed è che i diritti fondamentali esibiscono una doppia natura e strutturale, indeclinabile vocazione: alla loro universalizzazione ed alla contestualizzazione. Hanno, cioè, un “nucleo duro” – come si è soliti chiamarlo<sup>4</sup> – a tendenza universale, circondato da una parte “molle” e duttile, disponibile a farsi variamente modellare dal diritto positivo e dall’esperienza (specie nelle sue espressioni per mano della giurisprudenza), a storicizzarsi appunto.

Della prima tendenza si hanno plurime e convergenti testimonianze, tra le quali quella che porta al riconoscimento di certi diritti (o, quanto meno, del “nucleo” suddetto) a tutti gli esseri umani, in quanto tali e solo perché tali; e ciò, in ragione del fatto che senza siffatto riconoscimento verrebbe senza rimedio ad essere sacrificata la dignità, oltre che (e, forse, prima ancora che) la vita stessa delle persone. Si fanno – è vero – sottili distinzioni in dottrina e giurisprudenza in merito appunto alla consistenza o estensione del riconoscimento stesso, senza che peraltro spesso, perlomeno con riguardo ad alcuni diritti, ne sia chiara la ragione. Ad es., il diritto a non essere sottoposto a tortura o a subire trattamenti disumani e degradanti non è “graduabile” (graduabili sono le violenze patite, non il diritto a non soggiacervi), mentre il diritto alle cure mediche – a stare a certa giurisprudenza<sup>5</sup> – per gli stranieri irregolari varrebbe unicamente appunto quanto al “nucleo” in parola.

Senza ora indugiare in esempi il cui esame spetta a quanti interverranno nel corso dei nostri lavori, sta di fatto che proprio questa estensione a fisarmonica della tutela rende conferma di quella duplice vocazione dei diritti di cui un momento fa si diceva. Sarà perciò interessante chiedersi quale sia (ammesso che vi sia ...) il fondamento teorico-positivo della più ridotta misura della tutela stessa nei casi in cui si abbia, cosa osti alla sua espansione, cosa ancora si sia fatto in altri ordinamenti al fine di promuo-

---

<sup>4</sup>Il sintagma ricorre negli scritti di teoria della Costituzione, con specifico riferimento alla sua essenza, comunemente rinvenuta – come si sa – nei principi fondamentali e, appunto, nei diritti inviolabili, ed ha una duplice proiezione, esterna ed interna: per l’un verso, opponendosi all’ingresso di norme aventi origine esterna incompatibili coi principi e diritti suddetti, secondo quanto si vedrà meglio più avanti, e, per l’altro verso, ponendosi a limite alla revisione costituzionale (di quest’ultimo aspetto si è, di recente, discusso in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l’8 e il 9 giugno 2018 su *Alla prova della revisione. Settant’anni di rigidità costituzionale*; alcuni contributi possono, peraltro, di già vedersi in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)). Alle volte, poi, con riguardo ai diritti, si preferisce ricorrere all’espressione, in uso specie nelle riflessioni in lingua tedesca, di “contenuto essenziale”, ora adoperata come sostanzialmente equivalente a quella di “nucleo duro” ed ora invece caricata di valenze in parte diverse (su questa formula, v., per tutti, D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino 2012).

<sup>5</sup>Così, secondo la sentenza n. 61 del 2011 della nostra Corte costituzionale. In tema, di recente, F. SAITTA, *Prendersi cura degli “altri”. L’assistenza sanitaria dei migranti in Italia: profili giuridici*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 9/2018, 6 luglio 2018.

verla e darle modo di affermarsi pienamente e, soprattutto, di verificare se la stessa sia quindi riuscita davvero a radicarsi nell'esperienza, al di là della sua astratta declamazione.

Gli ostacoli per la crescita della pianta dei diritti non mancano ma, per fortuna, non fanno neppure difetto gli elementi e le risorse cui attingere per vederla fiorire.

Per un verso, il nostro è tempo – come suol dirsi, con termine pure abusato ma immediatamente evocativo – di crisi, di plurime crisi: terroristica, economica, ambientale, ecc. E queste ultime non giovano certo a dar modo ai diritti, che hanno una fame insaziabile, di potersi alimentare a sufficienza. Una conclusione, questa, che ovviamente si rende più immediatamente visibile per alcuni diritti e meno per altri ma che, a conti fatti, vale per tutti. E ciò, in primo luogo, per il fatto che l'una specie di crisi incide in modo più immediato e diretto su alcuni diritti e l'altra specie su altri: ad es., l'emergenza terroristica può colpire direttamente la *privacy* o la libertà personale, mentre l'emergenza economica si riflette negativamente soprattutto sui diritti sociali, che più degli altri comportano costi assai elevati<sup>6</sup>. Tutti i diritti, nondimeno, sono legati da un'unica catena, *simul stabunt vel simul cadent*, e con essi sta o cade la dignità della persona che per il loro tramite si esprime così come da essi attinge per potersi concretamente affermare<sup>7</sup>.

Per un altro verso, gioca a favore della causa dei diritti il fatto stesso che essi trovano riconoscimento non soltanto nella Carta costituzionale del singolo ordinamento statale ma anche nelle Carte internazionali dei diritti ovvero in Carte di ordinamenti sovranazionali, quale quello dell'Unione europea, e di conseguenza possono fare appello a più Corti, istituite a protezione delle Carte stesse, al fine di ricevere adeguata protezione.

L'integrazione degli ordinamenti, seppure ad oggi incompiuta e però comunque (dove più e dove meno) avanzata, è il "luogo" o, meglio, il processo *in progress* che meglio di ogni altro si presta allo scopo di far diffondere e radicare i diritti nel tessuto sociale. Perciò, il c.d. "dialogo" tra le Corti – termine che seguito a considerare afflitto da una strutturale e non

---

<sup>6</sup> Che tutti i diritti, nondimeno, richiedano, al fine di poter essere soddisfatti, costi più o meno cospicui è, a tacer d'altro, da noi riconosciuto *per tabulas* dall'art. 117, II c., lett. m) della Costituzione, così come novellata nel 2001, laddove si prevede la fissazione, ad opera di leggi statali, di (non meglio precisati) "livelli essenziali" delle prestazioni a beneficio sia dei diritti sociali che dei diritti civili.

Non ho alcun dubbio a riguardo del fatto che l'"essenzialità" dei livelli si definisca e metta a punto tenendo conto di ciò che, per ciascun ambito materiale, è condizione di un'esistenza – come dice la nostra Carta costituzionale, all'art. 36 – "libera e dignitosa". Il punto è però come caricare, senza soverchie incertezze, di contenuti concreti e adeguati questa formula (ma v., sul punto, *infra*).

<sup>7</sup> Sul rapporto di circolare alimentazione che s'intrattiene tra la dignità e i diritti fondamentali, si può, se si vuole, vedere il mio *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (pro-fili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta OnLine*, 2/2018, 3 giugno 2018, 392 ss.

risolta ambiguità ma che è esso pure efficacemente evocativo di una esperienza complessa e internamente articolata – si offre davvero quale risorsa preziosa, imperdibile, alla quale attingere al fine di promuovere e rendere sempre più salda la tutela dei diritti.

Man mano che la complessiva vicenda dei diritti si svolge e ramifica a plurimi ambiti e livelli istituzionali ci si avvede dei mille volti che il “dialogo” suddetto può assumere (ed effettivamente assume). “Dialogare” vuol dire comunicare, non necessariamente pensarla allo stesso modo ed anzi può talora significare contrapporsi anche a muso duro, sbandierando a presidio del proprio punto di vista gli elementi costitutivi della identità costituzionale dell’ordinamento di appartenenza e talora persino quelli dell’ordinamento cui appartiene l’interlocutore: fargli notare insomma – come si è avuto da noi di recente col caso *Taricco*, che ha visto inizialmente attestate su fronti opposti la Corte dell’Unione europea e la nostra Corte costituzionale – che sta sbagliando alla luce dei principi fondamentali dell’ordinamento cui appartiene lo stesso soggetto od organo col quale ci si confronta. Seguivo tuttavia a ritenere (e la vicenda da ultimo richiamata ne dà conferma) che, alla lunga, grazie appunto al “dialogo”, siano più le convergenze delle divergenze, pur laddove non si riesca a raggiungere una vera e propria identità di vedute<sup>8</sup>.

Non vorrei dar di me l’impressione di essere un inguaribile ottimista, ma confido sul fatto che, grazie appunto alle convergenze, i diritti possano, al tirar delle somme, averne un guadagno.

Invito al riguardo a fermare l’attenzione su un punto, al quale per vero si è già prestata attenzione ma, forse, non col dovuto approfondimento; ed è che, giusta l’influenza esercitata dall’una Corte sull’altra, se ne ha che la tutela ai diritti non si ha esclusivamente per mano dei giudici dell’ordinamento di riferimento bensì anche per effetto dello sforzo corale prodotto da tutti gli operatori di giustizia: ogni Corte, insomma, svolge il proprio servizio non soltanto nei riguardi della Carta dei diritti di cui è chiamata a farsi istituzionalmente garante bensì anche di altre Carte, pur se non è in grado di prevedere in che misura ciò si avrà.

Disponiamo di una eloquente conferma di questo modo di essere della tutela, offertaci da una ormai risalente ma non perciò inattuale pronunzia della Corte costituzionale italiana che ho più volte richiamato nelle mie riflessioni in tema di diritti e di “dialogo” intergiurisprudenziale, la n. 388 del 1999, nella quale efficacemente si afferma che tutte le Carte dei diritti (Costituzione compresa) “*si integrano reciprocamente nella interpretazio-*

---

<sup>8</sup> Ad es., per chiudere col riferimento al caso appena evocato, qui non specificamente interessante, sono persuaso che l’ultima smazzata delle carte, per mano della Consulta, conclusasi con la sent. n. 115 del 2018, potrà alimentare future reazioni sia da parte dei giudici comuni che della Corte di giustizia, e così il gioco riprendere con nuove partite dagli esiti oggi imprevedibili (maggiori ragguagli sul punto nel mio *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta OnLine*, 3/2018, 3 settembre 2018, 488 ss.).

ne". Il che vale come dire che ad offrire la garanzia ai diritti è un *mix* di suggestioni e indicazioni dalla varia estrazione e connotazione complessiva, ciascuna Corte potendo lasciare un segno sugli orientamenti dell'altra o delle altre, apprezzabile al piano culturale, prima ancora che a quello giuridico-formale.

Non stiamo ora a dire se siffatta integrazione abbia luogo a modo, o no. Credo che dal nostro odierno confronto potranno aversi indicazioni sia nell'uno che nell'altro senso, a seconda dei campi materiali di esperienza, dei diritti in gioco, delle condizioni favorevoli o avverse di contesto.

Che quella sopra indicata sia, ad ogni buon conto, la strada giusta da intraprendere e percorrere con decisione e fino in fondo non avrei dubbio alcuno.

## 2. *Gli effetti prodotti dalle pronunzie delle Corti non nazionali, l'influenza culturale che le stesse sono in grado di esercitare nei riguardi delle Corti nazionali, la mutua integrazione delle Carte dei diritti nei fatti interpretativi*

Nel corso dei nostri lavori si discuterà, tra l'altro, degli effetti prodotti dalle pronunzie delle Corti non nazionali su quelle nazionali e, dunque, dei vincoli che dalle prime discendono a carico delle seconde: questione, questa, sulla quale, con specifico ai rapporti tra Corte EDU e giudici nazionali, si registra un disallineamento di posizioni reso palese da alcune rilevanti pronunzie fatte oggetto di molti e discordanti commenti<sup>9</sup>. Si cercherà, in particolare, di misurare – come si fa con un compasso – l'area del cerchio entro cui questi vincoli possono esprimersi, quali cioè ne sono gli operatori riguardati.

La mia impressione è che – fermo il bisogno di far luogo a questa verifica – l'influenza culturale sia assai difficilmente "misurabile" e contenibile entro recinti prefissati, così come lo è il "dialogo" che la veicola e trasmette. E ciò, se si conviene che l'influenza stessa non si riduce ai soli casi in cui è testimoniata da espliciti richiami dell'una all'altra pronunzia o magari, laddove vi sia, dell'intero indirizzo di questa o quella Corte, sempre che risultante da convergenti decisioni seriali. La cultura infatti non è rappresentata solo da citazioni "dotte" fatte nel corso di un discorso; la si vede ed apprezza per il modo con cui si parla e per ciò che si dice, al di là dei riferimenti addotti dal parlante di turno a sostegno delle proprie idee.

Il vero è che piano piano, inavvertitamente, alcune idee entrano in circolo e vengono *quodammodo* metabolizzate, al punto che assai spesso cia-

---

<sup>9</sup> Mi riferisco, in particolare, alla sent. n. 49 del 2015 della nostra Corte costituzionale ed alla replica ad essa fatta dalla Corte di Strasburgo con la decisione della Grande Camera, in *GIEM e altri c. Italia*, del 28 giugno 2018 (n. appl. 1828/06).

scuno di noi se ne fa portatore, alle volte ritenendo persino di averne la paternità, senza cioè avvedersi del debito (culturale, appunto) accumulato nei riguardi di coloro che l'hanno preceduto o di quanti gli stanno attorno.

Forse, si potrebbe rendere in sintesi questo concetto distinguendo tra una *efficacia formale* ed una *sostanziale* delle pronunzie delle Corti. Volendo semplificare al massimo, alla prima si guarderà nel corso della sessione di mezzo delle nostre Giornate, alla seconda nel corso dell'ultima, ragionando sui casi in cui il "dialogo" si è fatto maggiormente fitto e fecondo.

Certo, stabilire quando e dove il "dialogo" stesso è meglio riuscito, limitando i riferimenti alle sole decisioni in cui le Corti si fanno espresso richiamo, è meno disagiata di come lo sia estendendo l'esame anche ai casi in cui il richiamo stesso non si ha *per tabulas*. Sappiamo però che, anche quando circoscriviamo l'esame allo sviluppo nel tempo dell'indirizzo giurisprudenziale di una sola Corte maturato in un certo ambito materiale di esperienza o con riguardo ad un diritto dato, non è sufficiente appuntare l'attenzione solo sui riferimenti fatti a precedenti decisioni ma occorre anche guardare a quelli non fatti e che avrebbero piuttosto dovuto farsi, laddove non si fosse assistito ad un riduttivo ovvero forzoso utilizzo della tecnica dell'autocitazione<sup>10</sup>.

Pure però a mettere a fuoco i soli richiami espliciti, credo che disponiamo ormai di numerose testimonianze della consistenza del "dialogo" in parola, di ciò che esso ha rappresentato (e rappresenta) al fine dell'appagamento dei diritti. È proprio qui, d'altronde, che si apprezza il carattere "intercostituzionale" – come mi è venuto di chiamarlo più volte<sup>11</sup> – della Costituzione, del suo aprirsi cioè ad altri documenti materialmente costituzionali, tutti sollecitati a darsi alimento a vicenda, rigenerandosi e qualificandosi attraverso la loro mutua competizione al rialzo nel "mercato" dei diritti, a chi cioè ha di più e di meglio da offrire in vista della loro realizzazione e salvaguardia.

Perdurano – si sa – antiche remore, tensioni non superate, contraddizioni non risolte, che danno fiato ad una tendenza mai sopita all'affermazione di un malinteso "nazionalismo costituzionale", di un primato dell'una sull'altra Carta e dell'una sull'altra Corte che – come mi affanno a dire da anni – fa a pugni, in primo luogo, con la natura materialmente costituzionale che è propria di tutti i documenti normativi che danno voce ai diritti e, di conseguenza, con la natura parimenti costituzionale (in senso materiale) di tutte le Corti, anche di quelle appunto generate in seno alla Comunità internazionale<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Interessanti indicazioni con riguardo alle esperienze della giustizia costituzionale in A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996, spec. 160 ss.

<sup>11</sup> ... a partire da *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss.

<sup>12</sup> Di questo carattere che va, in modo sempre più marcato, connotando l'operato delle

Da tempo sono convinto che né la Costituzione né una Carta di origine esterna possa rivendicare per sé l'insana pretesa di dare riconoscimento a tutti i diritti e di darlo senza imperfezione alcuna, al punto di non richiedere alcuna integrazione positiva, bastando allo scopo la sua rigenerazione per via d'interpretazione. Di contro, sono persuaso che sia opportuno (e, anzi, necessario), specie con riguardo a taluni diritti più direttamente investiti dallo sviluppo scientifico e tecnologico, far luogo all'aggiornamento del catalogo in cui sono racchiusi, se non altro al fine di porre rimedio ad uno squilibrio istituzionale sempre più accentuato, che vede largamente recessivo il ruolo del legislatore (costituzionale prima e comune poi) e invece eccessivamente sottolineato quello del giudice, di tutti i giudici (nazionali e non, costituzionali e non).

Senza ora riprendere *ex professo* questa complessa questione, l'impressione che mi sono venuto facendo attraverso un sistematico monitoraggio della giurisprudenza costituzionale e di quella delle Corti europee è che sia alquanto marcata la tendenza di ciascuna Corte a porre in risalto i pregi della Carta che è chiamata istituzionalmente a servire, non considerandola dunque seconda a nessun'altra, e a lasciare perciò indebitamente in ombra lacune anche consistenti in essa riscontrabili.

Emblematica al riguardo, ancora una volta, l'affermazione contenuta nella pronuncia del 1999 sopra richiamata, nella quale accanto al riconoscimento del mutuo soccorso che le Carte si danno (e devono darsi) nei fatti interpretativi si ha l'affermazione, che francamente giudico temeraria per non dire sconcertante, secondo cui la nostra Carta costituzionale *in nessun caso* offre ai diritti una tutela meno intensa di quella che può ad essi venire da altre Carte. La qual cosa, però, a tacer d'altro, è contraddetta dall'affermazione contenuta in altre Carte (tra le quali la CEDU e la Carta dell'Unione<sup>13</sup>) e mai censurata dal nostro giudice delle leggi, secondo cui esse pretendono di poter valere in via sussidiaria, laddove cioè la tutela data ai diritti in ambito interno (dunque, in primo luogo, dalle Carte costituzionali) risulti meno avanzata di quella da esse apprestata.

---

Corti sovranazionali è avvertita numerosa dottrina [tra gli altri, con riguardo alle Corti europee, v. O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO, V. SCIRABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti, V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.].

<sup>13</sup> V. l'art. 53 di entrambe le Carte ora richiamate.

Credo che quest'*animus*, pervaso da un patriottismo nazionale ingenuo e infecondo, non sia isolato e che risulti testimoniato da numerose pronunzie e interi indirizzi anche delle Corti sovranazionali, pur in un quadro internamente assai articolato e segnato da un moto incessante, che poi è *in nuce* il moto stesso della Costituzione, di ogni Costituzione in senso materiale, secondo quanto la più avvertita dottrina ha da tempo rilevato<sup>14</sup>.

Sappiamo che alla lezione di umiltà costituzionale impartita dalle Carte sovranazionali, nella parte in cui assegnano a se stesse un compito meramente sussidiario, si affianca talora l'ulteriore previsione secondo cui la Carta che la contiene richiede di essere interpretata alla luce di altre Carte<sup>15</sup>, nonché delle "tradizioni costituzionali" invalse presso altri ordinamenti ed a questi comuni. Non di rado, tuttavia, lo scarto è vistoso tra i buoni propositi professati e la loro messa in atto, ora riduttiva ed ora pure forzosa. È insomma tutto da vedere se del canone della massimizzazione della tutela ovvero del preorientamento interpretativo dallo stesso indotto si faccia, o no, buon uso e come stabilirlo senza soverchie incertezze<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup>Del "moto" della Costituzione ha discorso M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2013, 1 marzo 2013, mentre della Costituzione, più (o anzi che) come *atto*, come *processo* ha trattato A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss. Pertinenti rilievi in argomento, ora, in M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, relaz. al Convegno su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it); nella stessa sede, se si vuole, si può vedere anche il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 2/2018, 20 giugno 2018.

<sup>15</sup>Così, per ciò che concerne la Carta eurounitaria, nel suo porsi davanti alla CEDU.

<sup>16</sup>Il canone della massimizzazione della tutela si pone quale stella polare o "metaprincipio" – come l'ho in altri luoghi chiamato – che guida gli operatori nelle scelte riguardanti i diritti che sono quotidianamente chiamati ad assumere. Si vedrà a momenti come si possa (e debba) produrre lo sforzo volto a centrare quest'obiettivo. In argomento, nondimeno, è fiorita un'autentica messe di scritti di vario orientamento (solo per alcune prime indicazioni, v., di recente, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. 222 ss., ma *passim*; N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 3/2017, 15 dicembre 2017, § 3, e, dello stesso, *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale?*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1/2018; F. DE VANNA, *I 'controlimiti' tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 23/2017, 20 dicembre 2017, spec. al § 3. In senso critico circa la possibilità di far valere con profitto il canone in parola si è, ancora da ultimo, dichiarato R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*. Quanto agli effetti della Convenzione americana in ambito interno ed all'interpretazione espansiva dei suoi enunciati, di cui rispettivamente agli artt. 2 e 29, v., ora, i commenti al primo art. di E. FERRER MAC-GREGOR e C.M. PELAYO MÖLLER, ed al secondo di L. BURGORGUE-LARSEN, in *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, a cura di L. Cappuccio, P. Tanzarella, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 71 ss. e 736 ss.).

3. *La tentazione cui le Corti sovente non resistono di considerare le Carte, di cui ciascuna di esse è garante, immuni da lacune e imperfezioni, che però nei fatti le porta a frequenti ed incisive manipolazioni delle Carte stesse, le tecniche decisorie allo scopo utilizzate, l'esito ad esse conseguente dell'affermazione dell'"anima" politica su quella giurisdizionale caratterizzanti nella loro mutua composizione la peculiare natura dei guardiani dei diritti*

Al di là di come si risponda a queste spinose domande, che nondimeno richiedono di essere "tagliate" in ragione dei casi, quel che è certo è che risulta assai arduo, quasi impossibile, rinvenire nell'ormai poderoso corpo giurisprudenziale cui ciascuna Corte ha dato (e dà) luogo attestazioni di imperfezioni o lacune della Carta di appartenenza. Di contro, l'impressione netta che si ha a scorrere la giurisprudenza delle rispettive Corti è che ogni Carta dica, a conti fatti, tutto su tutto e lo dica sempre nel migliore dei modi; e, non essendo seconda ad alcun'altra, non possa acconsentire a che passi in secondo piano sulla scena la Corte istituita per servirla.

Questa vicenda è assai istruttiva sotto più aspetti, il principale dei quali è dato dalla conferma resa da numerose pronunzie e interi indirizzi giurisprudenziali delle sostanziali, corpose, seppur abilmente mascherate, manipolazioni alle quali soggiacciono, più (e prima ancora) che gli atti posti ad oggetto di giudizio, gli enunciati assunti a parametro degli stessi.

Le Corti, insomma, non resistono talora alla tentazione di riscrivere le Carte di cui sono garanti e perciò – a chiamare le cose col loro giusto nome – a *servirsene*, anziché a *servirle*, in vista del conseguimento dello scopo avuto di mira. È interessante notare che molte volte lo fanno proprio perché reputano di poter in tal modo offrire l'ottimale servizio alle Carte stesse. Far passare però sotto silenzio le carenze dalle stesse esibite, più o meno consistenti e vistose che siano, non credo che giovi alle stesse Carte, private del sussidio che potrebbe loro venire da altri documenti normativi della loro medesima natura, seppur di diversa provenienza, senza peraltro trascurare i benefici che possono attendersi da mirate e accorte revisioni testuali a mezzo delle procedure al riguardo stabilite (invero, assai più complesse per le Carte internazionali rispetto a quelle, seppur aggravate, riguardanti la Costituzione).

Molte e varie tecniche decisorie sono messe in campo in vista del raggiungimento del fine, tra le quali si segnala, per la sua straordinaria duttilità ed adattabilità ai casi, quella della interpretazione conforme, della quale si sono fatti (e si fanno) assai spesso usi impropri (talora per difetto, il più delle volte per eccesso)<sup>17</sup>. Apparentemente, il legislatore parrebbe

---

<sup>17</sup>Tra i molti altri che ne hanno variamente discusso, v. dopo G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006 e, della stessa, *La Costituzione "sottin-*

averne un guadagno, per il fatto che la tecnica in parola offre un puntello ai suoi prodotti normativi che risultano fatti salvi, seppur col costo in molti casi del loro sostanziale rifacimento per via d'interpretazione. Si tratta, però, appunto di mera apparenza, di una sorta di effetto ottico deformante, dal momento che in un sol colpo si riscrive l'oggetto e talora persino lo stesso parametro (anzi, quest'ultima operazione non di rado precede e determina la prima).

Quando tutto questo avviene (e, com'è chiaro, non è affatto agevole da stabilire, tranne casi eclatanti), emerge con prepotenza il carattere anche (e soprattutto) "politico" del giudizio, che finisce col prendere il sopravvento su quello "giurisdizionale" (sia pure nella peculiare conformazione che assume con riguardo alle esperienze della giurisdizione costituzionale, intesa in senso materiale, quale sempre di più tende ad essere – come si diceva – anche quella delle Corti sovranazionali).

Disponiamo ormai di numerose conferme offerte dalla giurisprudenza circa il primato crescente dell'"anima" politica – come si è soliti chiamarla – su quella giurisdizionale delle Corti costituzionali. Se n'è detto in molte occasioni<sup>18</sup> e credo che se ne dirà anche nel corso delle nostre Giornate. Vi danno testimonianza i casi non infrequenti di manipolazione, oltre che dei testi normativi, degli effetti temporali delle decisioni rese dalle Corti stesse, dei modi di svolgimento della dinamica processuale, alla quale specificamente si presterà attenzione nella prima sessione dei nostri lavori, e, in generale, dei canoni che stanno a base dei processi costituzionali.

Annotando pronunzie di questa o quella Corte, più volte mi è capitato di osservare che la maggiore carica di politicità si rinviene in quelle di es-

---

tesa", in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazione adeguatrice*, Giuffrè, Milano 2010, 3 ss., e *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 2/2016, 293 ss., v., part., M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II, e, ora, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 99 ss., e R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017, 37 ss. Con specifico riguardo al diritto dell'Unione europea, v., almeno, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015, e V. PICCONE, in più scritti, tra i quali, da ultimo, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 16 marzo 2018.

<sup>18</sup> ... ad es., da parte di 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, Giappichelli, Torino 2017; v., inoltre, C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna 2012, e R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, cit.

se che sono adottate a seguito di più o meno vistosi scostamenti da tali regole<sup>19</sup>. È proprio in congiunture siffatte che la “giurisdizionalità” della giurisdizione costituzionale viene invero a trovarsi sotto *stress*; ed è bene qui ribadire che non sappiamo ancora dove si situa la soglia di tolleranza, varcata la quale il giudice si snaturerebbe (se già non si è snaturato ...) senza rimedio, commutandosi in un decisore politico, anzi nel massimo dei decisori, proprio perché, trincerandosi dietro la maschera del garante, si farebbe potere costituente (un potere – a dirla tutta – permanente, lo stesso enunciato costituzionale soggiacendo col tempo e a seconda dei casi a plurimi suoi rifacimenti).

4. *L'inquietante dilemma relativo a chi controlla i controllori, i tre rimedi allo scopo utilizzabili, il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti e la scivolosa e non di rado sofferta ricerca del modo con cui farlo valere, in un contesto comunque segnato dalla parità delle Carte (e, di conseguenza, delle Corti)*

Torna allora in mente l'inquietante dilemma contenuto nella VI Satira di Giovenale: *chi controlla i controllori?*

Tre, a questo riguardo, a me pare, le risorse utilizzabili al fine di parare (perlomeno, fin dove si riesce ...) questo rischio dai gravissimi ed incalcolabili effetti.

Alla prima ho già fatto cenno poc'anzi, rinnovando l'auspicio che il legislatore faccia fino in fondo la propria parte aggiornando i testi normativi (a partire dalle stesse Carte dei diritti), tracciando così il solco entro il quale la giurisprudenza è quindi chiamata a svolgersi. È chiaro infatti che la latitanza del legislatore obbliga assai spesso i giudici all'esercizio di un ruolo di “supplenza” – come suol essere chiamato – che talvolta passa attraverso utilizzi abnormi dei canoni processuali e manipolazioni – come si diceva – degli stessi parametri costituzionali<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Si pensi, ad es., ai casi – ahimé, da noi, non infrequenti – in cui il giudice delle leggi ha sacrificato la rilevanza nei giudizi sulla costituzionalità delle leggi in via incidentale, alimentando un dibattito fattosi di recente particolarmente acceso (v., tra gli altri, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, cit.; A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 127 ss.; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 67 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 131 ss. e 151 ss.).

<sup>20</sup> Non si trascuri, tuttavia, che la “supplenza” in parola si ha non soltanto laddove faccia interamente difetto l'intervento del legislatore ma pure nel caso che esso si abbia non a modo, trovandosi in congiunture siffatte obbligati i giudici ad una faticosa e non di rado ardua

Il secondo rimedio è dato proprio dal “dialogo” intergiurisprudenziale sui cui benefici effetti pure mi sono già rapidamente intrattenuto: un “dialogo” che nei fatti si traduce in un mutuo controllo tra le Corti, si converte cioè in un fattore di stabilizzazione e di rinnovamento a un tempo degli indirizzi giurisprudenziali.

Il terzo rimedio è dato dal controllo della pubblica opinione, specie nelle sue più accreditate espressioni, alle quali dà voce il mondo della cultura (giuridica e non).

In altri luoghi mi sono più volte dichiarato dell’idea che il riconoscimento dei diritti fondamentali (e, in genere, dei principi fondamentali di un ordinamento) si abbia a mezzo di *consuetudini culturali* diffuse e radicate nel corpo sociale<sup>21</sup>. Il riferimento a queste ultime si rivela prezioso anche quale argine a pronunzie eccentriche o temerarie di taluni operatori di giustizia, a fughe in avanti ingiustificate, agli eccessi che si hanno quando si rappresentano quali diritti fondamentali pretese di singoli o gruppi che non hanno profonda e salda ramificazione nel corpo sociale. La qual cosa, nondimeno, non equivale ad escludere il ruolo promozionale esercitato dalla giurisprudenza, specie nelle sue punte più avanzate, volto ad incoraggiare la formazione di nuove consuetudini culturali e concorrere alla messa a punto di vecchie, con un moto – come si vede – di mutua ricarica tra cultura giuridica e società, l’una comunque risentendo delle suggestioni che vengono dall’altra.

Lo scavo costante, inesausto, negli strati più profondi del corpo sociale al fine di portare alla luce le consuetudini in parola e la disponibilità ad un confronto non inquinato dal preconetto, suscettibile cioè di tradursi in aggiustamenti e persino complessivi rifacimenti di indirizzi anche consolidati da parte di ciascun operatore istituzionale sono, a conti fatti, le migliori risorse di cui gli stessi dispongono (e, con essi, la pubblica opinione in sede di controllo del loro operato) al fine di poter offrire un servizio adeguato ai diritti e, in genere, agli interessi costituzionalmente protetti.

I casi della vita sono assai spesso estremamente complessi, ad essi facendo capo istanze comunque meritevoli di tutela e, proprio perciò, ob-

---

opera di ricucitura di un tessuto normativo a brandelli. Emblematica, per tutte, la vicenda, tuttora in corso, della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita, fatta a pezzi (giustamente ...) dalla giurisprudenza costituzionale e talvolta in buona sostanza riscritta anche da quella comune, con la tecnica della *interpretatio abrogans* (secondo quanto hanno, ad es., di recente fatto il Tribunale di Bologna e quello di Pistoia che con decreti del luglio 2018 hanno disposto la formazione di un atto di nascita in cui figurano due madri, assumendo di fare applicazione diretta dell’art. 8 della legge n. 40 del 2004; più di recente, v., poi, il provvedimento della Corte d’appello di Perugia del 22 agosto 2018, e su di esso la nota di A. SCHILLACI, *Joan ha due mamme/2: la conferma della Corte d’Appello di Perugia*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 23 agosto 2018).

<sup>21</sup>V., part., il 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?*, cit., 337 ss., nonché in *Consulta OnLine*, 2/2016, 30 giugno 2016, 263 ss.

bligiate a soggiacere ad operazioni di reciproco bilanciamento particolarmente delicate ed impegnative. Il ricorso, al fine di impostare i bilanciamenti suddetti nel migliore dei modi, al “metaprincipio” della massimizzazione della tutela rischia molte volte di non risolvere il problema ma solo di spostarlo in avanti. Come infatti stabilire – qui è il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa – dove si situa il punto ideale di equilibrio? E a chi tocca, in ultima istanza, farvi luogo?

Immaginare che si dia un criterio (o, meglio, un “metacriterio”) di formale fattura che consenta di fissare senza esitazione il punto stesso e, più ancora, che si disponga ad utilizzi meccanicamente ripetitivi e non gravati da alcuna incertezza o ipotesi teorico-pratica sarebbe pura illusione, anzi un vera e propria contraddizione, dal momento che i bilanciamenti suddetti, per loro natura ed indeclinabile vocazione, si dispongono su un terreno assiologico-sostanziale, vanno cioè fatti e rifatti di volta in volta, puntando appunto all’affermazione della Costituzione e delle altre Carte, *di tutte assieme e paritariamente*, come “sistema”: “*sistema di sistemi*” appunto, come si è tentato di mostrare in altri luoghi<sup>22</sup>, dal momento che ciascuna di esse si apre alle altre al fine della propria rigenerazione semantica incessante ed in vista dell’ottimale appagamento apprestato a tutti i beni della vita in ciascuna di esse riconosciuti.

Se si condivide in premessa quest’indicazione metodico-teorica, da essa linearmente – a me pare – discende la risposta al secondo quesito sopra posto. Nessuna Corte può infatti vantare l’insana pretesa di dire l’ultima parola in fatto di tutela dei diritti. Se l’immagine geometrica alla quale danno vita le Carte e le Corti nel loro mutuo comporsi in sistema fosse di tipo piramidale, con un vertice costituito da una Carta e una Corte “sovrana”, nel suo rapporto con le restanti, ancora una volta si cadrebbe in un’insanabile contraddizione. Per un verso, infatti, una Corte siffatta si commuterebbe – come si diceva – in un potere costituente permanente; per un altro verso, la gerarchia tra le Carte fatalmente si convertirebbe in una gerarchia tra principi in tesi tutti fondamentali, a seconda appunto del documento normativo che vi darebbe il finale, “giusto” riconoscimento. La qual cosa però urterebbe frontalmente, senza riparo, con la premessa dell’essere tutte le Carte dei documenti – come ha detto il nostro tribunale costituzionale in una sua nota pronunzia, la n. 269 del 2017<sup>23</sup> – “tipicamente costituzionali”.

Insomma, affermare che possa darsi ed effettivamente si dia una Costi-

---

<sup>22</sup> ... e, tra questi, il mio *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in AA.VV., *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015, 153 ss., nonché in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2014, 30 maggio 2014.

<sup>23</sup> Molto (e, a parer mio, giustamente) discussa la decisione in parola, che nondimeno presenta il pregio di dare alla Carta dei diritti dell’Unione europea il riconoscimento di cui si fa parola nel testo, ora esteso (da Corte cost. n. 120 del 2018) anche alla Carta sociale europea.

tuzione, una vera Costituzione (in senso materiale), assoggetta ad un'altra o ad altre è cosa teoricamente priva di senso; e così pure è ovviamente per le Corti, che delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti.

Solo accedendo a quest'ordine di idee e a portarlo fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti teorico-pratici, si può capire, per un verso, come alle pronunzie delle Corti sovranazionali (e, segnatamente, delle Corti fatte oggetto di studio nel corso delle nostre Giornate) si possa e debba dare seguito in ambito interno, persino – a mia opinione – laddove ciò possa comportare la revisione di precedenti pronunzie passate in giudicato (questione, questa, particolarmente spinosa e animatamente discussa, ancora di più impegnativa poi con riguardo al giudicato costituzionale<sup>24</sup>), e, per un altro verso, come le Corti nazionali possano, sia pure in casi eccezionali, opporre resistenza all'ingresso in ambito interno delle decisioni dei giudici sovranazionali, facendo richiamo ai “controlimiti”, come da noi sono chiamati i principi fondamentali per il tramite dei quali si esprime e fa valere l'identità costituzionale (assiologicamente intesa)<sup>25</sup>.

##### 5. *Le oscillazioni cui la giurisprudenza nazionale è soggetta tra i vincoli discendenti ab extra (e, segnatamente, quello alla cooperazione coi giudici sovranazionali) e il richiamo che viene dal dovere di fedeltà ai valori fondamentali di diritto interno*

Qui, a conti fatti, è il cuore della questione oggi discussa: nelle oscillazioni alle quali la giurisprudenza nazionale può andare soggetta tra i vincoli discendenti *ab extra* (e, segnatamente, quello alla cooperazione coi giudici sovranazionali) e il richiamo che viene dal dovere di fedeltà alla Repubblica, che rimanda ai valori fondamentali di diritto interno (e, perciò, ai principi che vi danno la prima e più genuina rappresentazione positiva)<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Ne ha, tra gli altri, trattato, con specifico riguardo all'incidenza delle pronunzie della Corte EDU in ambito interno, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 249 ss. Più di recente, si sono avute sul punto importanti decisioni della Corte costituzionale (e, segnatamente, le nn. 123 del 2017, 6 e 93 del 2018) variamente annotate.

Particolarmente spinosa, poi, come si diceva, la questione in relazione all'eventuale superamento del giudicato costituzionale per effetto del sopravvenire di pronunzie della Corte europea con esso incompatibili. Una evenienza, questa, che può ammettersi alla sola condizione di considerare passibile di bilanciamento il disposto di cui all'art. 137, ult. c., che offre “copertura” alle decisioni del giudice costituzionale, con altre norme della Carta costituzionale (a partire da quelle che danno voce ai valori di libertà ed eguaglianza e, in ultima istanza, dignità) che possono essere evocate in campo a tutela dei verdetti delle Corti sovranazionali.

<sup>25</sup> Un approfondito studio in argomento si deve ora a S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018.

<sup>26</sup> Ad oscillazioni va altresì soggetta la giurisprudenza sovranazionale: ad es., la Corte

Si dirà che tutto ciò non dà certezze di diritto in senso oggettivo, per il fatto di rimettersi nelle mani del singolo operatore di giustizia un potere enorme, di opzione tra l'obbedienza alle pronunzie delle Corti sovranazionali e la opposizione ad esse in nome dell'identità costituzionale, assiolgicamente intesa, che dovesse da quelle pronunzie risultare incisa<sup>27</sup>. In ultima istanza, il nodo verrebbe sciolto dal giudice costituzionale; solo che quest'ultimo non può, per la sua parte, sottrarsi all'alternativa suddetta.

La questione è oggettivamente spinosa e può talora rivelarsi persino inquietante. È chiaro infatti che la scelta, quale che sia, non può farsi a cuor leggero, anche se la regola – come si diceva – è senza dubbio quella che spinge nel verso di offrire piena e leale cooperazione alle Corti sovranazionali e l'eccezione l'altra di negarla per fondati e documentati motivi.

In altri luoghi, ho avvertito del rischio a non coltivare un'idea mitica e onnipervasiva della certezza del diritto, anche nella sua massima espressione (quale certezza del diritto costituzionale) ed ho tenuto a rimarcare come l'unica certezza che abbia senso, dal punto di vista di una teoria della Costituzione fedele alla sua matrice liberale quale mirabilmente espressa nell'art.

dell'Unione è chiamata ad assicurare il rispetto del diritto eurounitario (a partire dai suoi principi fondanti) e, allo stesso tempo, dei principi di struttura degli ordinamenti degli Stati membri, ai quali è fatto richiamo nell'art. 4.2 del trattato di Lisbona.

Il bisogno di un costante, effettivo bilanciamento tra i principi che fanno l'identità costituzionale degli Stati ed entrano altresì a comporre l'identità dell'Unione è stato rimarcato – come si accennava – soprattutto nella pronunzia conclusiva, dietro richiamata, del caso *Taricco* [vi ho fatto riferimento nella mia recensione al libro di S. POLIMENI, cit., dal titolo *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.; v., inoltre, della stessa S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'evoluzione dei controlimiti attraverso il "dialogo" tra le Corti dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2/2018, 20 giugno 2018; varie notazioni sul punto in AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018; cfr., infine, sul tema della identità costituzionale e del suo rilievo in ambito sovranazionale, tra i molti altri e di recente, G. MARTINICO, *Constitutional Conflicts and Agonistic Pluralism: What Can We Learn From Political Theory?*, in AA.VV., *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, a cura di M. Avbelj, G. Davies, Elgar, Cheltenham 2018, 78 ss., e L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE ... *l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss.].

<sup>27</sup> Non si trascuri tuttavia che l'apertura al diritto internazionale e sovranazionale è, da noi come altrove, principio fondamentale di diritto interno: un'apertura che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – non va intesa né come condizionata, *sempre e comunque*, all'osservanza di tutti i principi di base dell'ordinamento nazionale (dei "controlimiti", insomma) né, all'opposto, tale da portare al sistematico superamento di questi ultimi. Si tratta, di contro, di verificare caso per caso, a mezzo di delicate operazioni di bilanciamento, quale possa essere (ed effettivamente sia) la soluzione idonea a servire al meglio la Costituzione come "sistema". *Mutatis mutandis*, lo schema vale altresì, proprio a motivo della sua connotazione di ordine generale, a riguardare le relazioni interordinamentali o intersistemiche *ab extra*; e ne dà sicura conferma la natura "sussidiaria" che – come si è veduto – le Carte dei diritti assegnano a se stesse, assumendo di poter valere unicamente alla condizione di poter offrire una più adeguata tutela rispetto a quella conseguibile in forza del diritto nazionale.

16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, è quella che si dimostra in grado di risolversi nelle vicende della vita, specie le più travagliate, in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro tutela, sì da dar modo ad ogni persona di condurre – come dice il già richiamato art. 36 della nostra Carta costituzionale, in relazione al lavoro ma con proiezione in ogni ambito materiale di esperienza – un'esistenza “libera e dignitosa”.

L'effettività della tutela rimanda, sì, per un verso e in primo luogo, ad interventi legislativi adeguati ma poi chiama in campo i giudici, *tutti* i giudici (sovranzionali e nazionali, costituzionali e comuni) a delicate e non di rado sofferte operazioni di bilanciamento in vista della fissazione del punto più alto raggiungibile, alle condizioni oggettive di contesto, vale a dire della congiunta e paritaria realizzazione di tutte le Carte dei diritti quale “sistema di sistemi”.

A questo fine, il dialogo intergiurisprudenziale è – come si è venuti dicendo – una risorsa davvero preziosa, da custodire e coltivare con la massima cura. Per il suo tramite, infatti, si possono contenere i margini considerevoli d'incertezza ai quali va per sua natura incontro il “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela e far sì che quest'ultimo offra il servizio che è chiamato a prestare nei riguardi dei diritti in genere e, specificamente, della dignità. Il dialogo infatti – come si è tentato di mostrare – alla lunga sollecita naturalmente gli operatori a far convergere, piuttosto che a divergere, i loro orientamenti e, per ciò stesso, a consolidare e rendere palesi quelle consuetudini culturali di riconoscimento dei diritti sulle quali si è qui pure particolarmente insistito.

Saranno soprattutto i contributi offerti nel corso della terza ed ultima sessione delle nostre Giornate a dare la verifica della “misura” in cui si è avuto riscontro tanto delle convergenze quanto delle divergenze, specie in alcuni ambiti materiali di esperienza ai quali fanno capo diritti oggi fortemente rivendicati e però pure controversi, contestati, calpestati.

Sono fiducioso che al tirar delle somme il risultato sarà positivo, pur dovendosi ancora fare un lungo tratto di strada prima di poter dire che il patrimonio dei diritti di cui ciascun essere umano è dotato ha raggiunto un peso e una consistenza davvero apprezzabili. In ogni caso, il nostro confronto tornerà utile non soltanto a noi stessi, facendo chiarezza su questioni che ci vedono ad oggi divisi, ma soprattutto ai pratici, al legislatore come pure ai giudici. Mettere a nudo perduranti carenze e contraddizioni, unitamente alla segnalazione di quanto di buono è stato fatto (e si fa), ha una sua evidente ragion d'essere che non richiede qui alcun argomento a suo sostegno.

L'autorevolezza e l'acclarata sensibilità dei partecipanti alle nostre Giornate per i temi oggetto di studio è sicura garanzia del contributo che alla teoria e alla pratica giuridica sarà offerto dai lavori che ci accingiamo a svolgere.



CAPITOLO I  
CORTE EDU:  
DINAMICHE PROCESSUALI E POLITICA

*Diletta Tega* \*

SOMMARIO: 1. Che cosa voglio dire. – 2. Selezione dei giudici. – 3. Articolazioni della Corte. – 4. Intervento del terzo. – 5. Misure *ad interim*. – 6. Procedura pilota. – 7. *Advisory opinions* (Protocollo 16). – 8. Conclusioni: processo e politica.

1. *Che cosa voglio dire*

Le regole di ingaggio che mi sono state date, e cui mi sono attenuta, sono state quelle di adottare un taglio informativo che dedicasse attenzione tanto ad alcuni selezionati profili strettamente processuali – a partire dall'intervento del terzo, meritevole certamente di attenzione anche per il legame che ha con il tema degli effetti delle decisioni che verrà trattato nel pomeriggio – quanto al processo decisionale.

La mia ricognizione dimostra che la Corte Edu è un giudice ed opera come tale, nell'accezione usualmente data al termine, pur con molteplici peculiarità. Certamente non è una Corte costituzionale, nonostante essa si consideri tale<sup>1</sup>, in primo luogo perché chiamata a implementare la Convenzione europea dei diritti, occupandosi di diritti e cioè di uno dei contenuti maggiormente caratterizzanti le Costituzioni. Ma occuparsi di una materia tipicamente costituzionale, non significa condividere la stessa natura e gli stessi compiti affidati ai giudici costituzionali. L'analisi delle dinamiche processuali rafforza tale conclusione che avevo già sostenuto in uno studio incentrato maggiormente sull'analisi della giurisprudenza di Strasburgo<sup>2</sup>. Siffatto chiarimento in merito alla natura della Corte Edu è

---

\* Diletta Tega è professoressa di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bologna, già assistente di Studio in Corte costituzionale (2011-2014).

<sup>1</sup>Basti pensare alla procedura delle sentenze pilota e all'interpretazione che la Corte fa della Convenzione come *living instrument*. Interpretazione che ha sollevato forti lamentele politiche in questi anni.

<sup>2</sup>D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, 143 ss. e 190 ss.

cruciale allo scopo di evitare pericolose semplificazioni a danno proprio di quella maggiore tutela dei diritti che è il risultato ultimo cui aspira il coordinamento che in questi anni si è sviluppato tra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale.

Credo che questa posizione rivesta una sua utilità in un momento storico nel quale, dopo un iniziale entusiasmo, si è maggiormente portati a un'enfasi sulla complessità di tale coordinamento: oggi, più di ieri, si evidenzia il legame che esiste tra i diritti e gli ordinamenti giuridici nei quali essi vivono: coordinare i diritti significa anche coordinare gli ordinamenti giuridici. Come nel 1975 spiegò Augusto Barbera, nel suo commento all'articolo 2 della Costituzione, i diritti sono istituzioni di libertà, con tutti i corollari che ne seguono. Tra cui quello segnalato, da ultimo, nel recente libro di Roberto Bin: i diritti non sono assoluti, al contrario sono il risultato di un continuo bilanciamento operato, in prima battuta, dal legislatore e poi dai giudici nazionali<sup>3</sup>.

Gli enunciati letterali attraverso cui le Costituzioni e i documenti internazionali codificano i diritti possono apparire simili – in realtà non lo sono, in particolare per quanto concerne le limitazioni – così come è vero che le dimensioni di un diritto – costituzionali, internazionali, sovranazionali – gravitano attorno ad un comune concetto come, per esempio, la dignità umana: ma coordinare queste dimensioni richiede in ogni caso di prendere in considerazione le peculiarità di ciascuna. Operazione, ancora una volta, particolarmente problematica. Come è noto infatti, la dimensione costituzionale dei diritti è del tutto peculiare per almeno tre ragioni: pone i diritti all'interno di un fitto tessuto di garanzie, e cioè, come la Corte costituzionale ha ben scritto nella sentenza n. 264 del 2012, la tutela dei diritti fondamentali a livello nazionale è sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro; riflette le fitte competenze e responsabilità statali, solitamente molto più complesse di quelle della sfera 'oltre lo Stato', sia sovranazionale che internazionale; richiede un costante bilanciamento tra diritti, principi e beni da tutelare: la dimensione costituzionale è unica, non perché nazionale, ma perché è una dimensione democratica e sociale (almeno ancora in alcuni Stati).

Fatte queste avvertenze, uso le parole del Presidente Raimondi per richiamare i tratti fondamentali del cd. sistema Strasburgo «il primo difensore, il primo giudice dei diritti umani nel sistema europeo non è la Corte di Strasburgo, ma è il giudice interno, soprattutto le corti supreme e le corti costituzionali, ma anche il giudice di merito, il giudice di primo grado. Il livello internazionale del sistema è destinato a funzionare solo per riparare a quelle violazioni che per così dire sfuggono a un livello, quello nazionale, che già per conto suo dovrebbe essere in grado di prevenire o

---

<sup>3</sup>R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, 33 ss., ma *passim*.

riparare la violazione dei diritti della persona umana. Il principio di sussidiarietà è espresso in primo luogo da una precisa disposizione della Convenzione, l'articolo 35, che pone la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne. Non si può adire la Corte di Strasburgo se non sono state esperite tutte le vie poste a disposizione di chi si pretenda vittima di una violazione dall'ordinamento del paese che si vuole accusare. La regola non è applicata in modo rigido dalla Corte, nel senso che bisogna preoccuparsi di stabilire, una volta che il governo convenuto in una procedura davanti alla Corte abbia eccepito l'esistenza di una via di ricorso che non sia stata seguita dal ricorrente, l'effettività del ricorso cioè la sua idoneità rimediare alla violazione denunciata, e anche la sua accessibilità, cioè se esso fosse attivabile dal ricorrente in modo non eccessivamente gravoso. Ricorsi senza nessuna prospettiva di successo non sono considerati effettivi da parte della Corte»<sup>4</sup>.

Procedo dunque a richiamare per rapidi cenni – facendo riferimento alla Convenzione e al suo Regolamento modificato da ultimo nel 2016 – alcune tematiche inerenti la selezione dei giudici; l'articolazione della Corte; l'intervento dei terzi; la procedura pilota; la possibilità di esprimere *advisory opinions*<sup>5</sup>. Concludo, richiamando l'influenza della politica fattasi, in questi anni, sempre più forte e non sempre costruttiva come invece potrebbe sulla Corte europea.

## 2. Selezione dei giudici

La selezione dei giudici riflette pienamente la peculiarità della Corte Edu innanzitutto nell'assicurare la rappresentanza territoriale per ciascuno degli Stati membri in nome di una concezione intergovernativa (come è noto, i giudici non agiscono per conto dello Stato di appartenenza, ma siedono alla Corte a titolo individuale<sup>6</sup>, come previsto dall'art. 21 Cedu). Si tratta di un processo di selezione molto differente da quello previsto per i giudici nazionali, siano essi ordinari o costituzionali. Forte è l'impronta del diritto internazionale: se in una prima fase, i governi nazionali presentano all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa un elenco di tre

---

<sup>4</sup>G. RAIMONDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le corti costituzionali e supreme europee*, Intervento pronunciato alla Cerimonia tenutasi in occasione della celebrazione del 15° anniversario dell'insediamento del Collegio Garante della costituzionalità delle norme, San Marino, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 1° settembre 2018.

<sup>5</sup>Per una disamina completa e puntuale degli aspetti procedurali si veda tra gli altri V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna 2016.

<sup>6</sup>Il cd. giudice nazionale è portatore della conoscenza specifica dell'ordinamento nazionale.

candidati, nella seconda la Commissione sull'elezione dei giudici dell'Assemblea parlamentare<sup>7</sup> 'intervista' i candidati e, infine, l'Assemblea elegge il giudice a maggioranza assoluta e, in caso di secondo scrutinio, a maggioranza relativa dei voti espressi (art. 22 Cedu).

Se è vero che le categorie tra le quali sono eletti i giudici di Strasburgo sono le stesse tra le quali vengono scelti i colleghi nazionali, va tenuto ben presente che spesso la formazione dei giudici europei, a differenza di quanto avviene a livello interno, è molto eterogenea (con una prevalenza per quella tipica dei paesi di common law, dove molti di loro si formano).

I giudici rimangono in carica nove anni, non possono essere rieletti e cessano dall'incarico al compimento dei settant'anni (art. 23 Cedu), il voto di ciascun giudice così come l'identità del giudice relatore sono segrete. Anche se, a differenza della tradizione italiana, è possibile per ogni giudice esplicitare una sua opinione individuale (art. 45 Cedu). Anche per i giudici europei sono previsti i casi di incompatibilità<sup>8</sup>.

### 3. Articolazioni della Corte

In nome della necessità di 'salvare' la Corte dal suo stesso successo – è noto che i ricorsi individuali sono andati aumentando in modo esponenziale, in particolare quelli palesemente irricevibili – e, di conseguenza, dalle gravi difficoltà organizzative e dalla eccessiva durata dei procedimenti, il Protocollo 14, entrato in vigore nel 2010, ha disegnato in modo nuovo il ruolo dei Comitati di tre giudici e del giudice unico<sup>9</sup>, e ha introdotto un nuovo criterio di ricevibilità, e cioè che il ricorrente abbia subito un pregiudizio importante. Se a ciò si aggiunge, da un lato, la previsione di un controllo amministrativo preventivo e relativo alla validità formale del ricorso – che ha consentito di rigettarne almeno uno su quattro – avvenuta tramite la modifica dell'art. 47 del Regolamento, e, dall'altro, un'attenzione particolare nell'individuare un ordine di priorità dei ricorsi, in modo da

---

<sup>7</sup>La selezione che avviene a livello europeo vede in prima battuta l'intervento anche di un Comitato consultivo cui gli Stati debbono far pervenire nominativi e curricula dei candidati. In caso di perplessità il Comitato informa lo Stato che può modificare i nominativi. La Commissione sull'elezione dei giudici riceve il parere del Comitato.

<sup>8</sup>A seguito del Protocollo n. 14 gli Stati sono tenuti a presentare una lista di nomi dalla quale, in caso di bisogno, il presidente della Corte può scegliere un giudice *ad hoc* per sostituire il giudice nazionale.

<sup>9</sup>Nella Conferenza di Brighton sul futuro della Corte europea del 2012 ci si impegnò a contingentare i tempi: il ricorso vertente su un caso non prioritario avrebbe dovuto essere comunicato entro un anno dalla sua introduzione e essere deciso entro i due anni successivi.