

Protocollo 16 e identità costituzionale*

Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Il prot. 16 rivisto, più (e prima ancora) che per i riflessi che possono aversene al piano dei rapporti istituzionali, dal punto di vista della teoria della Costituzione, avuto riguardo a ciò che esso promette di poter rappresentare per una compiuta ed armonica affermazione della identità costituzionale (e, segnatamente, dei diritti fondamentali che ad essa fanno capo). – 2. *Integrazione*, non già *separazione* (o, peggio, *contrapposizione*) degli ordinamenti, in forza del principio di apertura, di cui agli artt. 10 e 11, nel loro porsi in funzione servente nei riguardi dei principi di libertà ed eguaglianza e, in genere, nel loro fare “sistema” con i principi fondamentali restanti. – 3. Il sussidio che la Costituzione e le altre Carte dei diritti sono, per loro indeclinabile vocazione, chiamate a darsi a vicenda, il “dialogo” giurisprudenziale che vi dà voce e lo porta ad effetto, specie nelle più spinose esperienze processuali, la comparazione quale strumento necessario per una compiuta e retta conoscenza della identità costituzionale. – 4. Questioni di ordine tecnico, con specifico riguardo ai casi di plurime pregiudizialità, e confutazione dei rilievi critici espressi avverso la ricezione del prot. 16 in ambito interno.

1. Il prot. 16 rivisto, più (e prima ancora) che per i riflessi che possono aversene al piano dei rapporti istituzionali, dal punto di vista della teoria della Costituzione, avuto riguardo a ciò che esso promette di poter rappresentare per una compiuta ed armonica affermazione della identità costituzionale (e, segnatamente, dei diritti fondamentali che ad essa fanno capo)

Il confronto tra studiosi ed operatori sul protocollo 16 appare in modo prevalente (e talora persino assorbente) incentrato sui profili istituzionali legati al suo esercizio, avuto riguardo agli effetti che possono aversene tanto al piano dei rapporti interordinamentali (o – se si

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto proveniente da un membro del comitato scientifico.

preferisce altrimenti dire – intersistemici¹) quanto a quelli di diritto interno.

Ora, fermo restando il cruciale rilievo che gli effetti stessi rivestono per i rapporti in parola, la questione oggi nuovamente discussa investe, a mio modo di vedere, più (e prima ancora) che il versante istituzionale, il cuore stesso della teoria della Costituzione. Tenterò infatti di mostrare che dietro l’orientamento manifestato da quanti si oppongono strenuamente alla ricezione in ambito interno del prot. in parola, così come dietro quello di coloro che invece la caldeggiavano, si dà un diverso modo d’intendere e far valere la Costituzione. La posta in palio è, perciò, ben più alta di quella, pure di non poco momento, che ad una prima (ma erronea) impressione parrebbe essere riguardata dal dibattito in corso, perlomeno per come è venuto a svolgersi fin qui. Un dibattito che non si è mai spento nel corso degli anni² ma che si è ultimamente, in

¹ Adopero qui pure, come ho già fatto altrove, questo secondo termine unicamente per rispetto (e non già per convinzione della bontà) dell’indirizzo manifestato dalla giurisprudenza costituzionale, a partire dalle famose sentenze “gemelle” del 2007, a riguardo della condizione della CEDU in ambito interno, essendosene – come si sa – esclusa la “copertura” da parte dell’art. 11, malgrado il riconoscimento espressamente fatto della natura “istituzionale” (nell’accezione romaniana del termine) del Consiglio d’Europa cui la Convenzione stessa fa capo.

² Tra i molti studi dedicati al prot. in parola v., almeno, O. Pollicino, *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2/2014, 293 ss.; N. Posenato, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1421 ss.; R. Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2014, 12 settembre 2014; R. Conti, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta OnLine*, 16 maggio 2014, e, dello stesso, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 30 gennaio 2019; AA. VV., *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di E. Lamarque, Giappichelli, Torino 2015; E. Malfatti, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino 2015, 182 s., e, della stessa, ora, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, in

considerevole misura, riaccesso, man mano che è apparsa essere sempre più concreta la eventualità della ricezione suddetta³.

Riserve e critiche, anche particolarmente aspre, si sono avute da parte di studiosi che paventano rischi per la sovranità dello Stato⁴, gli equilibri tra gli operatori istituzionali, sia in ambito interno come pure al piano dei rapporti interordinamentali, la stessa identità costituzionale.

Muovo proprio da quest'ultima, laddove è, a mio modo di vedere, il cuore della questione, e da questa quindi risalgo agli altri punti toccati dai critici, assumendo quale punto di partenza una nozione d'identità altrove argomentata⁵, che la vede come assiologicamente connotata,

Riv. Gruppo di Pisa (www.gruppodipisa.it), 5 dicembre 2019, § 7; A. Di Stasi, *Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi*, in 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, Cedam, Padova 2016, 63 ss.; A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, 328 ss.; I. Anrò, *Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le corti?*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 2/2019, 24 aprile 2018, e, della stessa, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2019, 189 ss.; E. Crivelli, *Il protocollo n. 16 alla Cedu entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 3/2018, 719 ss.

³ Tra i più organici contributi sul tema, v. M. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2019, 6 febbraio 2019; più di recente, v. le audizioni svolte in sede parlamentare in relazione al disegno di legge di esecuzione dei prot. 15 e 16, e, ora, lo scritto di R. Conti, *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 27 dicembre 2019.

⁴ ... quanto meno per una sua accezione di stampo tradizionale, che la vede appuntata in capo ad un soggetto (un re o un principe, un'assemblea, ecc.) che la esprime a mezzo di atti di comando idonei a produrre vincoli ora più ed ora meno intensi nei riguardi dei loro destinatari, della quale si dirà a momenti.

⁵ ... in ispecie, nei miei *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 2 ottobre 2017; *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss., e *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, Relazione al Convegno dell'AISDUE su *Costituzioni europee e primato del diritto dell'Unione europea*, Napoli 28-29 ottobre 2019, in *AISDUE* (www.aisdue.eu), sez. "Convegni annuali e interinali", n. 13, 31 ottobre 2019, 219 ss., spec. 242 ss.

riferita cioè al patrimonio di fini-valori cui dà voce la Carta costituzionale (*mutatis mutandis*, per la identità dell'Unione o di altre organizzazioni sovranazionali, quale – per ciò che qui è di specifico interesse – il Consiglio d'Europa, cui fa capo la CEDU).

Occorre al riguardo prestare attenzione alle dinamiche che attraversano l'identità, ne accompagnano i complessivi sviluppi, ne determinano l'incessante rinnovamento salvaguardandone ed anzi promuovendone crescenti affermazioni.

È di tutta evidenza che, per un'accezione assiologicamente orientata della identità, si rende necessario fare riferimento a tutti i valori fondamentali, nessuno escluso, dal momento che essi si fanno costante e necessario rimando a vicenda⁶ e che il *vulnus* recato anche ad uno solo di essi ridonda in una lesione anche per gli altri, tutti assieme facendo "sistema", esattamente com'è per le fondamenta di un edificio, congiuntamente e paritariamente concorrenti alla stabilità dello stesso.

Il riferimento ai valori porta poi naturalmente il discorso a spostarsi sui principi fondamentali, nei quali quelli hanno la loro prima, diretta e più genuina espressione positiva.

Ora, il principio al quale è qui doveroso prestare specifica attenzione è quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11, nel suo porsi in funzione servente nei riguardi dei principi fondamentali restanti, in ispecie di quelli di cui

⁶ In altri luoghi si è argomentata la tesi secondo cui ciascun principio fondamentale entra a comporre la struttura dei restanti, concorrendo pertanto a darvi significato, ancora prima che rendendosi indispensabile per la loro trasmissione integra nel tempo. L'esempio forse maggiormente indicativo che può addursi a riprova della integrazione semantica in parola è dato dal modo con cui i principi di cui agli artt. 2 e 3 fanno "sistema" con quello di unità-indivisibilità della Repubblica, di cui all'art. 5: quest'ultima, infatti, è (e resta) tale non soltanto per il fatto che nessuna porzione del territorio nazionale si stacca dal resto, pretendendo di farsi quindi riconoscere in seno alla Comunità internazionale quale elemento costitutivo di un nuovo soggetto statale, ma anche (e, realisticamente, soprattutto) per il fatto che i diritti inviolabili e i doveri inderogabili, di cui è parola nell'art. 2, non costituiscono oggetto di discriminazioni tra quanti si stanziavano ed operano nell'una ovvero nell'altra porzione del territorio della Repubblica. E così via per ogni altro principio di base dell'ordine repubblicano.

agli artt. 2 e 3, componenti – piace a me dire – la *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento⁷.

Il principio di apertura, per vero, è insito già nei principi da ultimo richiamati, per la elementare ed a tutti nota ragione che i principi fondamentali tendono tutti, per loro strutturale ed indeclinabile vocazione, alla propria massima affermazione possibile, alle condizioni oggettive di contesto⁸; particolarmente accentuata e vistosa è siffatta irrefrenabile tendenza proprio nei principi che danno voce alle istanze di libertà ed eguaglianza, alla richiesta pressante cioè di spazi sempre più consistenti entro cui dar modo alla personalità di ciascun individuo di maturare e di potersi far valere.

Il principio di apertura, ad ogni buon conto, presenta carattere ambiverso: l'ordine interno si apre ad ordinamenti e sistemi normativi, quale quello eurounitario e quello convenzionale, allo stesso tempo in cui questi si aprono al primo⁹, tutti accomunati e governati da un autentico “metaprinzipio” – come lo si è in altri luoghi chiamato – che è quello della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali¹⁰.

⁷ Sulle mutue implicazioni che si intrattengono tra i principi di libertà ed eguaglianza, v., per tutti, G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

⁸ Ovvio qui il riferimento alla magistrale intuizione schmittiana a riguardo della incontenibile tendenza dei valori alla propria tirannica affermazione.

⁹ Dichiarata è siffatta apertura nell'art. 4.2 TUE, nonché nei riferimenti fatti dallo stesso Trattato alle tradizioni costituzionali comuni; ma – come si viene dicendo – ovunque si abbia il riconoscimento dei valori di libertà, eguaglianza, giustizia, lì è implicito l'intento di attingere ad ogni materiale normativo idoneo a porsi nei loro riguardi in funzione servente.

¹⁰ Il canone fondamentale in parola è stato fatto oggetto di aspra contestazione da parte di alcuni accreditati studiosi [sopra ogni altro, R. Bin, che ne ha trattato a più riprese: di recente, in *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché nell'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 10 aprile 2019, e, infine, in *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *paper*]; alle critiche, particolarmente penetranti, venute da questa dottrina mi sono sforzato di replicare in più scritti, tra i quali, oltre all'intervista suddetta cui pure ho preso parte, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, Relazione conclusiva della Giornata di studi in ricordo di Alessandro Pizzorusso dedicata a *Il diritto giurisprudenziale*, Pisa 16 dicembre 2019, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine), 3/2019, 18 dicembre 2019, 707 ss., spec. 714 in nt. 30.

L'apertura è il mezzo, la miglior tutela possibile il fine.

È interessante notare che tutto ciò risulta *per tabulas* stabilito – come qui pure si viene dicendo – in primo luogo nella Costituzione, ed è quindi confermato dal disposto di cui all'art. 53 sia della CEDU che della Carta dei diritti dell'Unione¹¹, laddove si ritaglia un ruolo sussidiario a beneficio di siffatti documenti “tipicamente costituzionali” (per riprendere la qualifica che ne dà Corte cost. n. 269 del 2017) o – diciamo ancora meglio – *materialmente* costituzionali.

Nel mercato dei diritti – come suole essere chiamato – la migliore risorsa alla quale i diritti stessi possono attingere al fine di vedersi appagati al meglio è data proprio da quel “pluralismo costituzionale” nei cui riguardi una sensibile dottrina¹² ha, ancora di recente, preso le distanze con argomenti di ordine teorico che però, a tacer d'altro, si scontrano con un dato di fatto innegabile, costituito da un'avanzata integrazione sovranazionale e da vincoli crescenti discendenti dalla Comunità internazionale: un'esperienza, questa, che è sotto gli occhi di tutti e che, nondimeno, va ad oggi svolgendosi in forme e con effetti – è doveroso ammettere – non di rado distorsivi, che dunque richiedono di essere come si conviene corretti, all'insegna appunto del “metaprincipio” suddetto. Perché è di tutta evidenza (e non richiede qui che se ne faccia ulteriore discorso) che la sovranità dello Stato¹³ può (e deve) piegarsi davanti a norme, pronunzie dei giudici e quant'altro abbia giuridico rilievo provenienti *ab extra* alla sola condizione che se ne abbia un

¹¹ Ancora da ultimo, R. Bin ha qualificato come “singolare” il richiamo da me fatto al disposto normativo in parola, assumendo che esso farebbe unicamente divieto di trattamenti “peggiorativi” riservati ai diritti dalla Carta di Nizza-Strasburgo ovvero dalla CEDU (*Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, cit., spec. § 4, in nt. 15); a me pare, però, del tutto ovvio che i documenti in parola richiedano di poter valere in ambito interno laddove si dimostrino in grado d'innalzare il livello della tutela, nell'assunto appunto che ciò possa in taluni casi aversi. E, invero, “singolare” – per riprendere il termine caro a B. – sarebbe il solo immaginare che ciò non possa mai, in tesi, aversi, considerandosi dunque – questo, sì, in forza di un autentico assioma o, se posso esprimermi con cruda franchezza, di un vero e proprio crampo mentale – comunque insuperabile il livello di tutela raggiunto dalla nostra Carta costituzionale ed effettivamente garantito ai diritti stessi.

¹² Mi riferisco, part., a O. Chessa, *Alcune osservazioni critiche al «pluralismo costituzionale» di Antonio Ruggeri*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 11 ottobre 2019.

¹³ ... nella sua accezione tradizionale, sopra richiamata.

guadagno per i diritti costituzionali, vale a dire che risultino ancora meglio serviti ed appagati quei valori di libertà ed eguaglianza in nome dei quali i vincoli aventi origine esterna non soltanto possono essere accettati ma – di più – venire sollecitati a prodursi¹⁴.

2. Integrazione, *non già* separazione (o, peggio, contrapposizione) degli ordinamenti, in forza del principio di apertura, di cui agli artt. 10 e 11, nel loro porsi in funzione servente nei riguardi dei principi di libertà ed eguaglianza e, in genere, nel loro fare “sistema” con i principi fondamentali restanti

Ciò che poi particolarmente importa mettere, ancora una volta, in chiaro è che i rapporti tra gli ordinamenti, *anche per effetto del principio fondamentale di apertura*, risultano essere di parziale e tendenziale *integrazione* e di mutua *cooperazione*, comunque di certo non di *separazione* o – peggio – di *contrapposizione*.

Qui è il punto cruciale della questione oggi nuovamente discussa. I “sovrani” (o, meglio, i nazionalisti¹⁵) ad oltranza – siano essi

¹⁴ Non si dimentichi, peraltro, la lezione venuta dalla storia, della quale l'intera Carta costituzionale, specie nei suoi principi fondamentali, rende eloquente testimonianza: in particolare, non si dimentichi la *ratio* immanente alla previsione di cui all'art. 11, le “limitazioni” della sovranità giustificandosi in nome della pace e della giustizia tra le Nazioni, per il fatto che senza di esse non può aversi libertà, eguaglianza, dignità della persona umana. Ancora una conferma – come si vede – di quelle mutue integrazioni dei principi, di cui si diceva poc'anzi, vale a dire del necessario concorso che ciascuno di essi dà alla comprensione degli altri ed alla loro incessante rigenerazione semantica alla luce degli sviluppi del contesto in cui s'inscrivono ed operano.

¹⁵ Utilizzo il primo termine esclusivamente perché ormai in uso ma ritengo maggiormente appropriato il secondo, dal momento che il primo evoca in campo l'idea di sovranità, che però – come si sa – va declinata al plurale: accanto, infatti, all'accezione di natura soggettiva che rimanda all'esercizio di poteri di autorità, per la quale il termine adoperato nel testo potrebbe essere mantenuto col significato dispregiativo suo proprio, se ne dà un'altra di natura assiologico-sostanziale, che la vede appunto riferita ai valori fondamentali dell'ordinamento e, segnatamente, a quello del riconoscimento dei diritti fondamentali [di quest'ultima accezione, espressiva di una svolta metodico-teorica di grande momento, si è fatto portatore – come si sa – soprattutto G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., sul cui pensiero v., tra gli altri, L. Ventura, *Sovranità. Da J. Bodin alla*

operatori politico-istituzionali e siano pure studiosi – vedono i rapporti in parola da un angolo visuale e con una lente che produce immagini deformate, vedono cioè gli ordinamenti a mo' di eserciti schierati su fronti contrapposti e chiamati a farsi una guerra senza fine e senza risparmio di colpi. Di contro, le Carte dei diritti sopra nominate, assieme a tante altre fiorite in seno alla Comunità internazionale, testimoniano che gli ordinamenti (e, al loro interno, gli operatori tutti, giudici e legislatori) sono chiamati o, diciamo pure, obbligati dal valore della pace e della giustizia tra le Nazioni a collaborare incessantemente ed intensamente al fine di offrire ad ogni essere umano, sotto ogni cielo ed in ogni luogo abbia deciso di stanziarsi e di vivere le proprie esperienze di vita, l'ottimale appagamento dei bisogni di libertà, eguaglianza, giustizia da ciascuno e da tutti assieme intensamente avvertiti, specie dopo l'ammonimento lasciatoci dalla tragedia collettiva della seconda grande guerra e da ciò che essa ha rappresentato per la vita e la dignità di milioni di individui.

Dobbiamo allora porci la domanda cruciale: può la Costituzione, con le pur formidabili risorse di ordine assiologico-sostanziale da essa apprestata, da sola bastare a dare appagamento a questi (e ad altri) bisogni elementari dell'uomo?

crisi dello Stato sociale, Giappichelli, Torino 2014, 55 ss.; E. Castorina - C. Nicolosi, "Sovranità dei valori" e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 519 ss. e, pure *ivi*, II, G. Gemma, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*, 1068 ss.; A. Morrone, *Sovranità*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2017, 2 agosto 2017, 92 s., e, pure *ivi*, C. Salazar, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, 8, e A. Spadaro, *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, 2 s.].

Ora, la salvaguardia dei diritti può risultare ancora più efficace – come qui pure si viene dicendo – non già attraverso la chiusura autoreferenziale dell'ordinamento in se stesso bensì attraverso la sua apertura ad altri ordinamenti o sistemi normativi nei quali pure il riconoscimento stesso si ha: un'apertura, come qui pure si è venuti dicendo, comunque non incondizionata bensì costantemente sottoposta al "filtro" apprestato dal "metaprincipio" della miglior tutela. Ed è proprio attraverso la mutua alimentazione e l'incessante rigenerazione semantica che gli enunciati espressivi di diritti si danno che possono ricercarsi le sintesi assiologiche maggiormente adeguate alle complessive esigenze dei casi, sì da portare al massimo innalzamento possibile, alle condizioni oggettive di contesto, della tutela stessa (ma, su ciò, subito *infra*).

I “nazionalisti”, a conti fatti, ritengono di sì, lo dicano o no in modo chiaro e tondo. E, invece, sbagliano, sbagliano di grosso. Muovono, infatti, dall’assunto, ancorché alle volte non esplicitamente dichiarato, che la Costituzione (in specie, la nostra) sia in sé e per sé perfetta, senza menda alcuna, nella sua parte maggiormente qualificante ed espressiva, relativa appunto ai diritti e ai doveri dei cittadini (e, in genere, di ogni persona) e che, pertanto, le altre Carte nulla abbiano da offrire di più o di meglio di ciò che essa è in grado di poter dare. Tutt’al più possono venire *dopo* (in senso assiologico-sostanziale) o, diciamo pure, a rinforzo (ma francamente, a rigore, da quest’angolo visuale, non si capisce quale ne sia la necessità). Un *animus*, questo, che traspare anche da molte pronunzie del giudice costituzionale, con le quali i casi da esse riguardati sono definiti facendo *esclusivo* riferimento alla nostra legge fondamentale (e, di conseguenza, spesso mettendo in atto la tecnica dell’assorbimento dei vizi¹⁶ per ciò che concerne la denuncia di altra Carta, come di recente s’è fatto in *Cappato*, con la 242 del 2019¹⁷) o, tutt’al più, richiamando ad ulteriore conferma anche disposti sostanzialmente ripetitivi di altri documenti “tipicamente costituzionali”. È vero che talora si ammette che da questi ultimi può venire una tutela più “ampia” per i diritti (così, ad es., nella 25 del 2019), fermo restando appunto che la tutela stessa è comunque pur sempre apprestata anche dalla Costituzione.

L’orizzonte metodico-teorico verso il quale tende la ricostruzione dei rapporti tra le Carte (e gli ordinamenti di appartenenza) nella quale ormai da anni mi riconosco è, invece, assai diverso per impostazione e svolgimenti. L’orgoglio dell’appartenenza ad un ordinamento che è dotato di basi strutturali assai solide, quali sono quelle apprestate dalla nostra Carta, non m’impedisce di ammettere che possano darsi casi della vita al ricorrere dei quali da altre Carte possa venire (ed effettivamente venga) un prezioso sussidio in vista del conseguimento di sintesi assiologiche tra i beni in campo maggiormente pregevoli ed

¹⁶ ... sulla quale, per tutti, v. A. Bonomi, *L’assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Jovene, Napoli 2013.

¹⁷ Ho preso le distanze da siffatto modo di operare, ancora da ultimo, 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, ult. par.

apprezzabili di quelle che si avrebbero restando entro l'*hortus conclusus* del nostro ordinamento e della nostra Carta e rifiutando dunque sdegnosamente l'offerta di aiuto, di servizio ai diritti, proveniente *ab extra*¹⁸. Lo spoglio quotidiano che vado da anni facendo della giurisprudenza di questa o quella Corte europea, in aggiunta a quello della giurisprudenza nazionale, avvalora il convincimento, nel quale sempre di più mi radico, che dalla prima sia in innumerevoli occasioni stata data ai diritti, ai *nostri* diritti per come riconosciuti e garantiti dalla *nostra* Carta costituzionale, una salvaguardia ancora più adeguata di quella che avrebbe potuto aversi attingendo ai soli materiali normativi e giurisprudenziali di produzione interna.

La verità è che, in un contesto segnato da quella avanzata integrazione sovranazionale cui si faceva cenno poc'anzi, c'è un disperato bisogno di mettere in campo e far valere tutte le Carte, *tutte congiuntamente e nella identica misura*, senza alcuna aprioristica graduatoria tra di esse, come invece è ancora oggi accreditato da un consolidato "diritto vivente" di cui proprio il nostro giudice delle leggi è stato (ed è) il massimo ispiratore.

Basti solo pensare alla nota dottrina dei "controlimiti"¹⁹ che porta naturalmente all'effetto di intravedere un ordine gerarchico *per sistema* non soltanto tra la Costituzione e il diritto eurounitario, sia derivato che originario, avuto specifico riguardo alle norme più direttamente qualificanti ed espressive della prima, i principi fondamentali, ma anche tra la Costituzione stessa e la Carta di Nizza-Strasburgo, dal momento che a quest'ultima è assegnato il medesimo valore del trattato che vi fa richiamo. O, ancora, basti pensare alla qualifica a tutt'oggi considerata valevole per la CEDU (ed è da pensare per ogni altra Carta diversa da quella dell'Unione) quale fonte "subcostituzionale", come tale

¹⁸ Il principio che sta a base delle relazioni tra le Carte (e, di conseguenza, delle dinamiche istituzionali volte ad assicurarne l'ottimale implementazione, specie nelle più complesse e sofferte vicende processuali) è, dunque, quello di sussidiarietà; ed è alla sua luce che va riguardata, senza preconcetto alcuno (ideologico o di dottrina), la questione qui nuovamente discussa [opportuni rilievi sul punto in R. Sabato, *Sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 16 dicembre 2019].

¹⁹ Riferimenti, di recente, in S. Polimeni, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e C. Pinelli, *Controlimiti e principi supremi*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 491 ss.

astrattamente tenuta alla osservanza di ogni norma della nostra legge fondamentale. Un ordine gerarchico che ha però alla sua base un difetto strutturale di costruzione, che rende perciò fragile l'intera impalcatura concettuale su di esso poggiante, non potendosi l'ordine stesso in alcun modo conciliare con il riconosciuto carattere "tipicamente costituzionale" di tutti i documenti normativi in campo, che li porta naturalmente a disporsi tutti sul medesimo piano. Un carattere dal quale, poi, naturalmente discende la loro attitudine, essa pure dalla stessa giurisprudenza da tempo riconosciuta (spec. da Corte cost. n. 388 del 1999), ad *integrarsi reciprocamente nella interpretazione*, a concorrere cioè l'una Carta alla incessante e necessaria rigenerazione semantica delle altre, tutte appunto componendo un fascio unitario ed inscindibile nelle sue parti da cui si alimenta e sostiene il "sistema di sistemi" in via di progressiva affermazione. Una integrazione che ha quale suo punto di partenza e di arrivo, nel circolo ermeneutico in cui tutte le Carte paritariamente s'inscrivono e svolgono, quel "metaprincipio" della massimizzazione della tutela che è l'autentica *Grundnorm* della costruzione interordinamentale in corso, dalla quale essa dunque si tiene portandosi gradatamente e con non poca fatica sempre più in alto²⁰.

3. Il sussidio che la Costituzione e le altre Carte dei diritti sono, per loro indeclinabile vocazione, chiamate a darsi a vicenda, il "dialogo" giurisprudenziale che vi dà voce e lo porta ad effetto, specie nelle più spinose esperienze processuali, la comparazione quale strumento necessario per una compiuta e retta conoscenza della identità costituzionale

Ora, se si muove dalla premessa che gli ordinamenti non sono (e non possono essere) visti come rigidamente separati, pur non essendo ancora *pleno iure* integrati, e se si ammette – come devesi ammettere –

²⁰ È dunque il principio personalista, in sintesi, il fattore propulsivo e il collante allo stesso tempo del "sistema di sistemi" *in progress* [su di esso, di recente, A. Morelli, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in [Consulta OnLine](#), 2/2019, 359 ss. e, dello stesso, ora, *Persona e identità personale*, in *BioLaw Journal* (www.biodiritto.org), *Special issue*, 2/2019, 45 ss. e, se si vuole, anche il mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2013, 28 agosto 2013].

che il principio di apertura ha carattere esso pure fondamentale, in quanto immediatamente e necessariamente servente quei valori di pace e di giustizia tra le Nazioni senza i quali gli Stati e l'intera Comunità internazionale ripiomberebbero nell'abisso che ha fagocitato i diritti giusto ottant'anni addietro, se ne ha che l'identità costituzionale, nella sua connotazione assiologicamente significativa, può essere colta ed apprezzata fino in fondo unicamente mettendo a frutto il principio stesso, al massimo di rendimento consentito dal contesto in cui s'inscrive ed opera, dal momento che solo così anche i principi restanti (a partire da quelli di cui agli artt. 2 e 3) possono a loro volta affermarsi *magis ut valeant*.

Se la Costituzione è da se medesima sollecitata ad integrarsi costantemente, nella sua stessa struttura elementare, con altri documenti dalla medesima natura al fine di potersi affermare al meglio di sé al servizio della persona umana, è di tutta evidenza – a me pare – che essa non può neppure essere conosciuta, prima ancora che fatta valere come si deve, se non attraverso il riferimento alle altre Carte.

Con una corta espressione possiamo rendere questo concetto così: la *nostra* identità costituzionale può essere colta ed apprezzata fino in fondo solo appuntando l'attenzione, *a un tempo e paritariamente*, sugli enunciati linguistici dei quali si compone la legge fondamentale della Repubblica e su quelli delle altre Carte cui sia stato dato giuridico rilievo in ambito interno, rileggendo ogni volta, in ragione delle complessive e peculiari esigenze di ciascun caso, tutti tali enunciati al fine di dare l'ottimale appagamento ai diritti e, in genere, ai beni della vita evocati in campo dal caso stesso. E, poiché le Carte acquistano senso per il modo con cui si fanno “diritto vivente” (in ispecie, ma non solo, a mezzo degli indirizzi giurisprudenziali in cui esso si concreta e manifesta²¹), se ne ha che l'ascolto delle voci che fanno “parlare” le Carte stesse è un fatto ineludibile, piaccia o no.

²¹ La prima pietra, per vero, dovrebbe, secondo modello, essere posta dalla mano del legislatore, cui è demandato il compito di dare il primo ed essenziale *riconoscimento* dei diritti, nella ristretta e propria accezione del termine, come di ciò che fa luogo alla *inventio* di quanto trovasi racchiuso negli strati più profondi del corpo sociale, risultando quindi avvalorato – si è detto in altri luoghi – da *consuetudini culturali* diffuse e radicate nel corpo stesso (maggiori ragguagli al riguardo possono, volendo, aversi dal mio *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni*

Possiamo poi discutere, anche a lungo, circa i modi più efficaci con cui realizzare il c.d. “dialogo” intergiurisprudenziale, assicurando l’equilibrio armonico di tutte le voci in campo, non sulla sua necessità. È poi pur vero che il riferimento agli indirizzi delle Corti europee potrebbe direttamente aversi, così come peraltro molte volte si ha, dai giudici comuni (e, in genere, dagli operatori di diritto interno), col mero fatto dei richiami che essi a vicenda si fanno; ed è perciò verosimile – venendo a dire specificamente di ciò che qui ci occupa – che, in presenza di un indirizzo giurisprudenziale della Corte di Strasburgo ben definito e consolidato, il giudice nazionale faccia a meno di avvalersi dello strumento messogli a disposizione dal prot. 16²². D’altronde, ad oggi che quest’ultimo non è da noi ancora vigente non è forse vero che un numero crescente di giudici comuni si mostri avvertito di questo bisogno e si attivi come può per darvi appagamento?

È tuttavia evidente che non ha senso privarsi in partenza dell’opportunità offerta dal prot. in parola, battendo con profitto il canale istituzionale da esso apprestato, per ristretto che sia (essendo dato – come si sa – unicamente ai giudici di ultima istanza di poterlo percorrere), come pure insicuro appaia essere in ordine agli effetti per il suo tramite in concreto raggiunti²³. E ciò, sol che si consideri che esso non priva il giudice interpellante né altri operatori di giustizia della facoltà di discostarsi dalle indicazioni ricevute dalla Corte di

precarie, cit., spec. 724 ss.). Senonché, tardando ovvero dimostrandosi comunque imperfetta l’opera di riconoscimento per mano del legislatore, è giocoforza che vi supplisca e, comunque, che ad essa, pur dove vi sia, si saldi, specificandola ed attuandola in ragione dei casi, l’opera dei giudici, ai quali nondimeno tocca l’impegnativo e non di rado sofferto compito di convertire le astratte previsioni legislative in concreta disciplina di ciascun caso.

²² ... a meno che non punti ad indurre la Corte stessa a rivedere o, come che sia, ad aggiustare un proprio precedente orientamento, ancorché appunto “consolidato” o, all’opposto, non ancora ben delineato (su ciò, subito *infra*).

²³ Tanto più, poi, questo è vero nella prospettiva dell’adesione dell’Unione alla CEDU; e, per quanto remoto possa ad oggi apparire quest’esito, conviene comunque pervenirvi non impreparati (su talune questioni di ordine tecnico legate all’adesione stessa si dirà a breve).

Strasburgo²⁴, così come d'altronde si è avuto in *Menesson*²⁵. È vero che le pronunzie emesse in sede consultiva dalla Corte stessa perlopiù avranno il seguito conforme che esse si attendono, se non altro per il timore che gli atti che vi si discostino possano quindi dar adito a ricorsi a Strasburgo in sede giurisdizionale²⁶. E però è da mettere in conto che lo stesso giudice europeo davanti ad una motivazione stringente adottata dall'autorità nazionale possa rivedere, almeno in parte, il proprio originario punto di vista. Né più né meno – se ci si pensa – di ciò che si è avuto, come si sa, in *Taricco*. Anche per quest'aspetto, dunque, al tirar delle somme, lo strumento in parola potrebbe tornare utile ad un rinnovamento degli indirizzi interpretativi della

²⁴ Si è presa per vero in considerazione l'ipotesi che lo Stato si autovincoli alla osservanza del parere (indicazioni in M. Lipari, *op. cit.*, § 22); ciò che potrebbe in astratto fare non soltanto con l'atto di ricezione del protocollo in parola ma anche in un secondo momento. Ad oggi, ad ogni buon conto, conviene ragionare dell'ipotesi che sia tenuto fermo il suo carattere non vincolante.

²⁵ Il punto è rimarcato tanto da R. Sabato, *Sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, cit., quanto da R. Conti, *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, cit., § 6. Sulla vicenda, tra i molti commenti, v. dello stesso R. Conti, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 28 maggio 2019; L. Riccardi, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (www.fsjeurostudies.eu), 2/2019, 15 luglio 2019, 160 ss.; L. Poli, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Dir. um. dir. int.*, 2/2019, 418 ss.; O. Feraci, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2019; M. Giacomini, *Il caso Menesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Oss. AIC* (www.osservatorioaic.it), 5/2019, 3 settembre 2019, 1 ss.; R. Russo, *Il caso Menesson, vent'anni dopo. Divieto di maternità surrogata e interesse del minore. Nota a Arrêt n°648 du 4 octobre 2019 (10-19.053) – Cour de Cassation – Assemblée plénière*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 20 novembre 2019.

²⁶ Ho già toccato questo punto nel mio *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2014, 7 febbraio 2014, spec. al § 3; v., inoltre, R. Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, cit., spec. il § 12.

Convenzione maggiormente sensibile ed attento alle istanze provenienti dagli ambienti nazionali²⁷.

In generale, peraltro, a dire della Consulta, gli indirizzi interpretativi della Convenzione delineati a Strasburgo vincolano gli operatori di diritto interno unicamente in quanto “consolidati”, alla luce dei parametri indicati da Corte cost. n. 49 del 2015, con la pur non insignificante eccezione costituita da Corte cost. n. 43 del 2018, le cui possibili implicazioni di ordine istituzionale, in attesa di ulteriori riscontri ad oggi mancanti, risultano, ad ogni buon conto, ancora non compiutamente definite.

Alla luce delle notazioni fin qui svolte si ha, dunque, una duplice conferma: *a)* che la Costituzione è un *processo*, ovvero sia è attraversata – com’è stato da tempo messo in chiaro da un’avvertita dottrina – da un moto incessante²⁸, così come lo è la Convenzione ed ogni altra Carta materialmente costituzionale, quale quella di Nizza-Strasburgo, e *b)* che presenta un struttura intrinsecamente “plurale”, siccome composta da materiali (normativi e fattuali) dalla plurima origine, interna ed esterna, e connotazione complessiva, la cui messa a fuoco richiede – com’è ormai chiaro – il necessario ricorso alla comparazione e l’apporto corale di tutti gli operatori in campo.

La Costituzione (e l’identità sulla stessa fondata) è, dunque, *polifonica*, così come lo sono anche gli altri documenti “tipicamente costituzionali” e le identità costituzionali in essi disegnate e soggette ad

²⁷ È infatti da mettere in conto che, proprio grazie alla opportunità concessale di pronunziarsi in forza di quanto disposto dal protocollo in parola, la Corte EDU possa quindi sentirsi indotta a riconsiderare un proprio “consolidato” indirizzo, la consulenza spianando dunque la via alla revisione dei prodotti della giurisdizione. Lo strumento qui in esame, in realtà, appare essere perfettamente ambiverso, prestandosi tanto al fine dell’ulteriore “consolidamento” quanto a quello del rinnovamento di orientamenti giurisprudenziali anteriori. È, ad ogni buon conto, da tener fermo il mutuo sussidio che consultazione e giurisdizione possono darsi, specie nelle più complesse questioni riguardanti i diritti.

²⁸ Della Costituzione come *processo*, più (e prima ancora) che come *atto*, ha particolarmente discusso 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.; quanto al “moto” della Costituzione, v., poi, M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2013, 1 marzo 2013.

incessante rinnovamento grazie al costruttivo ed incessante “dialogo” tra tutti gli operatori. Insomma, com’è stato ancora di recente efficacemente argomentato da una sensibile dottrina²⁹, è *solo comparando che si può conoscere davvero e fino in fondo... se stessi*; e il modo migliore per rendere la comparazione viepiù salda e sicura negli esiti ricostruttivi raggiunti è quello dell’ascolto non già di voci isolate, per autorevoli che siano, bensì del “coro” dalle stesse composto.

4. Questioni di ordine tecnico, con specifico riguardo ai casi di plurime pregiudizialità, e confutazione dei rilievi critici espressi avverso la ricezione del prot. 16 in ambito interno

Venendo a dire rapidamente degli aspetti tecnici legati all’attivazione dello strumento di cooperazione predisposto dal prot. in parola, convergo con la premessa ancora di recente fissata da un’accreditata dottrina³⁰ secondo cui si tratta, in buona sostanza, di un rinvio pregiudiziale analogo a quello valevole sul versante dei rapporti che i giudici nazionali intrattengono con la Corte di giustizia, pur nella diversità degli effetti discendenti dalle pronunzie dell’una e dell’altra Corte europea. Non condivido, invece, le preoccupazioni del valoroso collega, in specie il timore manifestato per una sorta di *deminutio capitis* che patirebbe la Corte costituzionale, in particolare per il caso che l’interpello della Corte europea dovesse precedere quello del giudice delle leggi.

Possono al riguardo valere talune riflessioni già affacciate sulla vessata questione della “doppia pregiudizialità” al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario³¹, riconsiderata alla luce degli

²⁹ V. Barsotti, Relaz. introduttiva dei lavori della quinta sessione della Giornata di studi in ricordo di Alessandro Pizzorusso, dedicata a *Il diritto giurisprudenziale*, Pisa 16 dicembre 2019, aventi ad oggetto *Diritto giurisprudenziale e comparazione giuridica*.

³⁰ 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, § 2.1.

³¹ Si è fatto di recente il punto al riguardo nel corso del Seminario su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit., nonché nello scambio di “lettere” avutosi tra R. Romboli, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po’)*. In dialogo con il

sviluppi maturati nella nostra giurisprudenza nel corso dell'anno appena conclusosi (segnatamente, alla luce delle indicazioni date da Corte cost. nn. 20 e 63 del 2019).

In primo luogo, come mi affanno a dire sin da quando è venuta alla luce la 269 del 2017, solo dopo che il giudice nazionale avrà acquisito i necessari elementi di conoscenza da parte del giudice europeo potrà stabilire se v'è stata violazione della Carta dei diritti di origine esterna (della Carta dell'Unione³² così come ora, con riferimento al prot. in esame, della CEDU³³), sì da potersi quindi determinare ad investire della relativa questione la Consulta³⁴.

La differenza tra i due casi di “doppia pregiudizialità” qui posti rapidamente a raffronto è, poi, data dal fatto che – come si è rammentato – le indicazioni fornite dalla Corte dell'Unione sono stringenti e non lasciano pertanto vie di fuga in sede interpretativa, a differenza di quelle venute dalla Corte di Strasburgo che danno pur sempre modo al giudice di discostarsene, specificamente laddove

*Ruggeripensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”, in [Consulta OnLine](#), 3/2019, 26 novembre 2019, 644 ss., e me, *Caro Roberto, provo a risponderti sulla “doppia pregiudizialità” (così mi distraigo un po' anch'io...)*, pure *ivi*, 9 dicembre 2019, 678 ss.*

³² ... e, dopo la 20, anche di fonte di diritto derivato a questa “connessa”, salvo poi a stabilire in cosa propriamente consista la “connessione” in parola.

³³ Un limite palese dell'ingranaggio predisposto nel prot. in parola è, però, dato dalla riserva fatta ai soli giudici di ultima istanza della facoltà di consultazione della Corte europea. I giudici restanti, dunque, si troveranno costretti ad attingere direttamente ed esclusivamente dalla giurisprudenza pregressa le indicazioni di cui hanno bisogno, sempre che naturalmente esse si abbiano e il caso non risulti perciò in tutto “nuovo”, senza poter interpellare *ex professo* il giudice europeo, dandogli così modo di rivedere – ove giudicato opportuno – il proprio precedente punto di vista. Per l'aspetto ora considerato, è d'immediata evidenza lo squilibrio che viene a determinarsi tra la posizione in cui si trovano i giudici abilitati ad avvalersi dello strumento di consultazione previsto dal prot. e quella dei giudici che non ne sono dotati. Quest'ultima notazione, sia pure in modo più sfumato, potrebbe valere per la stessa Cassazione, laddove dovesse farsi strada l'idea secondo cui sarebbe preferibile che l'interpello della Corte europea avesse luogo per il tramite delle Sezioni Unite, dietro sollecitazione della singola Sezione (sul punto, ora, R. Conti, *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, cit., spec. § 5).

³⁴ In punto di astratto diritto, la questione potrebbe poi riguardare la stessa norma-parametro, convenzionale o eourunitaria che sia, sospettata di porsi in contrasto con la Costituzione, in ogni caso richiedendo di essere sottoposta al giudizio della Consulta.

ricorrano le condizioni stabilite dalla già richiamata sent. n. 49 del 2015³⁵.

D'altro canto, che il giudice comune non interferisca “nella libertà interpretativa della Corte costituzionale” – come invece ritiene M. Luciani³⁶ – è avvalorato dal fatto che solo *dopo* aver interpellato la Corte di Strasburgo il giudice stesso è in grado di poter stabilire se le indicazioni da quest'ultima ricevute siano, o no, espressive di un indirizzo “consolidato”.

³⁵ Confesso che mi è ad oggi oscura la ragione di questo diverso trattamento, che si risolve in un diverso regime complessivo proprio, rispettivamente, del diritto giurisprudenziale eurounitario e di quello convenzionale: l'uno idoneo – a dire della Consulta – a produrre vincoli stringenti, quali quelli appunto discendenti da fonti del diritto in senso stretto; l'altro, di contro, vincoli variabili a seconda che le pronunzie emesse a Strasburgo si palesino, o no, idonee a comporsi in indirizzi “consolidati”. Il punto è però che il “consolidamento” in parola – com'è stato fatto notare [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 *Ord. int. dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 1/2019, 15 marzo 2019, 86 ss., spec. 93] – si fa riconoscere unicamente *ex post* o, se si vuol altrimenti dire, *sub condizione*, per il caso che le pronunzie stesse si dispongano, o no, in modo seriale componendo un autentico “indirizzo” risultante da consuetudini interpretative solidamente radicate e diffuse. Poiché, però, il vincolo non può che farsi risalire alla fonte oggetto delle consuetudini in parola, la Convenzione, sia pure attraverso la mediazione assicurata dalla giurisprudenza europea, se ne ha che dovrebbe sempre predicarsene la esistenza. Né varrebbe in avverso opporre che la diversa condizione in cui le due specie di diritto giurisprudenziale versano sia da imputare al parimenti diverso posto che è da assegnare nel sistema delle fonti, rispettivamente, al diritto eurounitario ed al diritto convenzionale, l'uno dotato – sempre a dire della Consulta – di forza “paracostituzionale” (o costituzionale *tout court*), l'altro invece avente rango “subcostituzionale”. Altro è, infatti, il grado proprio di una fonte ed altra cosa la natura, in sé e per sé, di quest'ultima; ed *ogni* fonte di diritto, per il mero fatto di essere tale, è provvista comunque di forza prescrittiva, non già meramente persuasiva o per sistema condizionata. Se a ciò poi si aggiunge la circostanza per cui il diritto eurounitario, nella sua più saliente espressione, “tipicamente costituzionale”, risultante dalla Carta di Nizza-Strasburgo, è obbligato a soggiacere ad interpretazione convenzionalmente orientata, versando dunque in una condizione *culturalmente* (se non pure *positivamente*) subordinata alla CEDU, se ne ha un ulteriore, decisivo elemento che induce a prendere le distanze dall'orientamento manifestato da Corte cost. n. 49 del 2015.

³⁶ *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, cit., in nt. 14.

V'è poi da tener presente che tra l'uno e l'altro "rinvio" effettuato alle due Corti europee si dà un intreccio gravido di conseguenze. Non si trascuri al riguardo, infatti, la circostanza per cui il parere ricevuto da Strasburgo può tornare prezioso al fine di verificare se l'interpretazione della Carta di Nizza-Strasburgo adottata dal giudice lussemburghese sia davvero in linea con la CEDU per come intesa e fatta valere dalla Corte di Strasburgo; quanto meno, così è di norma, salva la eccezione dalla stessa Carta prevista per il caso che si dimostri in grado d'innalzare il livello della tutela dei diritti in gioco rispetto a quello raggiungibile dalla Convenzione³⁷.

Ad ogni buon conto, a stemperare, almeno in parte, la questione dell'ordine temporale delle pregiudizialità è il fatto che l'ultima giurisprudenza costituzionale non stabilisce un ordine fisso in merito al loro esercizio, pur non celando una spiccata preferenza per la pregiudiziale costituzionale. Piuttosto, è da chiedersi a quale delle due "pregiudizialità" europee – se così vogliamo seguire a chiamare anche quella di cui al prot. in esame –, laddove entrambe ricorrenti nella singola vicenda processuale, sia opportuno dare la precedenza³⁸. Forse, acquisire preventivamente il punto di vista della Corte di Strasburgo potrebbe tornare utile in vista di quel confronto, di cui un momento fa si diceva, a riguardo della conformità alla Convenzione dell'interpretazione della Carta dell'Unione. In presenza di orientamenti divergenti, peraltro, il carattere non vincolante della pronuncia della Corte suddetta può rivelarsi una risorsa preziosa per l'operatore nazionale, impossibilitato a dare congiunto seguito ad indicazioni dei giudici europei tra di loro divergenti e obbligato a dare seguito a quelle ricevute dalla Corte di giustizia, pur laddove dovesse

³⁷ Non è, per vero, chiaro a chi spetti in ultima istanza la "misurazione" del livello suddetto, comunque assai disagiata ed impegnativa. È chiaro, invece, che, al tirar delle somme, ogni tensione finirà con lo scaricarsi sui giudici comuni, i terminali delle operazioni di giustizia, anche di quelle *materialmente* costituzionali. Tocca infatti ad essi, e solo ad essi, assumersi la responsabilità della lineare esecuzione dei verdetti emessi tanto dalla Corte costituzionale quanto dalle Corti europee.

³⁸ Sul punto, ancora M. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, cit., spec. § 27.

giudicarle non rispettose della Convenzione stessa, senza che risultino assistite dalla clausola della miglior tutela dei diritti.

Due cose sono, ad ogni buon conto, da tenere presenti.

La prima è che la questione dell'ordine temporale con cui far luogo alla messa in atto delle due pregiudizialità europee – se convenga irrigidirlo ovvero lasciarlo flessibile, rimettendone la scelta all'operatore di turno – attende dall'esperienza gli opportuni riscontri; ed è una questione – è bene subito mettere in chiaro – sulla quale la Corte costituzionale nulla ha da dire³⁹.

La seconda è che i rimedi più adeguati a ripianare i conflitti tra le Corti europee potranno (e dovranno) essere ricercati solo a seguito dell'adesione dell'Unione alla CEDU, per effetto della quale potrà assistersi all'innesto di una pregiudizialità sull'altra, specificamente nel caso che, adita preventivamente la Corte dell'Unione, quest'ultima, a sua volta, prima di pronunziarsi, adisca la Corte di Strasburgo, sì da poter dare *causa cognita* il responso atteso dal giudice nazionale.

È importante che resti comunque salvaguardata la competenza di ciascuna Corte a dare la retta interpretazione della Carta di cui è istituzionalmente garante, allo stesso tempo giovandosi della cooperazione apprestata dalle altre Corti con le quali intrattenga un costante e fecondo “dialogo”.

Anche per questo verso, come si vede, si ha conferma di quella mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi che risponde ad una ispirata indicazione della giurisprudenza costituzionale nella quale – perlomeno in via di principio⁴⁰ – anche le altre giurisprudenze si riconoscono.

³⁹ Altro è infatti ciò che si ha laddove una delle due pregiudizialità in campo sia quella costituzionale ed altra cosa ciò che si ha con riguardo esclusivamente alle due pregiudizialità europee. La precedenza – come si è dietro rammentato – da accordare preferibilmente all'interpello del giudice costituzionale non tocca, dunque, l'ordine temporale in cui possono stare le due forme d'interpello dei giudici europei.

⁴⁰ È, poi, chiaro che si danno carenze e cadute di tono del “dialogo” intergiurisprudenziale, non sempre portato a frutto come si conviene; ma non è sulla patologia di fatti comunque episodici che, ovviamente, si ricostruisce un modello, peraltro complessivamente non smentito – a me pare – dalle più salienti tendenze dell'esperienza. Non a caso, si fanno frequenti richiami dei casi di conflitto, anche aspro, quale quello avutosi non molto tempo addietro con *Taricco*, mentre si trascurano o lasciano nell'ombra tutti gli altri di fisiologico, armonico svolgimento delle relazioni tra le Corti, per la elementare ragione che sono soprattutto i primi a fare “notizia”.

Singolare, dunque, ai miei occhi appare l'affermazione di M. Luciani⁴¹ secondo cui l'interpretazione della CEDU spetterebbe “*in primis*” allo stesso giudice nazionale, per il fatto che la Convenzione è stata immessa in ambito interno con legge dello Stato. Di contro, così ragionando, se ne avrebbe una violazione proprio di quest'ultima, dal momento che la Convenzione si rimette al suo “giudice naturale”, la Corte europea, al fine di vedersi correttamente intesa e fatta valere. E, d'altro canto, sul versante dei rapporti con il diritto eurounitario, anche il trattato di Lisbona è stato reso esecutivo con legge, senza che ciò abbia impedito (e impedisca) allo stesso diritto sovranazionale di essere applicato in ambito interno nei significati che gli sono attribuiti dalla Corte di giustizia.

Un qualche rilievo, invece, è invero da dare alla obiezione che fa leva sul prevedibile allungamento dei tempi processuali conseguente all'utilizzo dello strumento predisposto dal prot. 16, specie laddove dovesse assistersi alla messa in atto di plurime “pregiudizialità” (persino – come si è veduto – tre)⁴². Un argomento, tuttavia, che, ancora una volta, se valevole lungo il versante dei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale, dovrebbe pari pari valere anche per quello dei rapporti tra lo stesso diritto interno e quello eurounitario. Il beneficio che, però, in cambio se ne avrebbe è d'immediata evidenza, per il tramite della consultazione della Corte europea potendosi assistere ad

⁴¹ Ancora *op. ult. cit.*, § 2.2.

⁴² Confuta questa obiezione R. Sabato, *Sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, cit., a cui opinione non necessariamente alla richiesta del parere dovrebbe accompagnarsi la sospensione del processo. Il rilievo, tuttavia, non persuade, dal momento che il rischio che in tal caso si corre è che il parere risulti improduttivo di effetti per il processo stesso, risultando poi assai problematico (e, comunque, dispendioso) riportare quest'ultimo in asse con la Convenzione, laddove vi si sia discostato alla luce delle indicazioni date dal giudice europeo (cfr., sul punto, M. Lipari, *op. cit.*, §§ 14 e 15, che peraltro, a stemperare la questione relativa alla dilatazione dei tempi processuali, rimarca l'“alta priorità” data dalla Corte di Strasburgo alla emissione del parere rispetto agli altri casi su cui la stessa Corte è chiamata a pronunciarsi). Persuade, di contro, il rilievo fatto dallo stesso Sabato secondo cui grazie allo strumento di consultazione in parola verrà prevedibilmente a calare significativamente il numero dei ricorsi avverso il nostro Paese davanti alla Corte EDU; e persuadono, altresì, le osservazioni di R. Conti, *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, cit., specificamente nel punto in cui (§ 5) fa notare che il maggior tempo comportato dall'utilizzo dello strumento stesso è ampiamente compensato dalla qualità del prodotto di giustizia venuto alla luce in chiusura della vicenda processuale.

una più diffusa e radicata implementazione della Convenzione e, con essa, ad una più efficace salvaguardia dei diritti da essa riconosciuti. Tanto più, poi, laddove se ne facciano portatori – e il punto è di cruciale rilievo – persone particolarmente vulnerabili ed esposte, che non di rado potrebbero sentirsi indotte, dopo una defatigante e prolungata vicenda processuale, a rinunciare ad un’ulteriore battaglia per vedere appagate le loro aspettative fuori delle mura domestiche. Non poche volte, dunque, l’iniziativa *motu proprio* assunta dal giudice potrebbe assicurare – *a costo zero per il cittadino* – una sana amministrazione della giustizia e, allo stesso tempo, risolversi in un ristoro per i diritti.

Mi risulta, poi, oscura la ragione che induce la dottrina che qui non si condivide a ritenere che l’alternativa all’abnorme prolungamento dei tempi processuali sarebbe data da pronunzie del giudice europeo adottate in tempi rapidi e però necessariamente *male* argomentate, estendendosi “alle richieste di parere la medesima selezione sommaria dei casi che già conosciamo in materia di ricorsi”⁴³. Può darsi che il pessimismo senza speranza che traspare da questo pensiero risulti poi, in parte, avvalorato dai fatti, mentre non credo che debba per ineluttabile necessità aversene riscontro in ogni caso. Ad ogni buon conto, poiché – come sappiamo – non c’è il vincolo del seguito conforme, il giudice nazionale può sempre fare le proprie valutazioni, orientandosi di conseguenza. Ammesso pure, poi, che alcuni pareri non siano fatti a modo, perché privarsi dei benefici che potrebbero aversi nei casi in cui invece le indicazioni da essi date tornino utili all’amministrazione della giustizia ed ai diritti che da essa attendono appagamento?

Un bravo agricoltore sa che sull’albero troverà anche mele marce, ma non per ciò rinuncerà di certo alla raccolta delle buone ...

ABSTRACT: The essay highlights the beneficial role of Protocol No. 16 for fundamental rights, focusing on the added value of the same in terms of awareness and proper use of the constitutional identity,

⁴³ M. Luciani, *op. ult. cit.*, § 2.4.

Antonio Ruggeri
Protocollo 16 e identità costituzionale

which finds its most distinguishing expression in the domain of human rights. It therefore explores some technical issues that came up as consequence of the entry into force of Protocol No. 16, with specific regard to “multiple preliminary” scenarios. Finally, the essay argues against those who have challenged the implementation of the Protocol in the domestic legal order.

KEYWORDS: Protocol no. 16 – Constitutional identity – European integration – Constitutional principles – Constitutional dialogue.

Antonio Ruggeri – Professore emerito di diritto costituzionale,
Università degli Studi di Messina (antonio.ruggeri@unime.it)