

L'APPROCCIO GENERALISTA DEL MODELLO DI RAPPORTI TRA FONTI: I TRATTATI SONO TUTTI UGUALI?*

CESARE PINELLI**

Sommario

1. La specificità dei trattati sui diritti dell'uomo nelle diverse prospettive disciplinari. – 2. La “precisazione” della sentenza n. 269 del 2017. – 3. I punti fermi dell'assestamento dei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea. – 4. Le sentenze sulla CEDU del 2007. – 5. Il principio di “massima espansione delle garanzie dei diritti fondamentali”. – 6. Corti nazionali e Corti europee. – 7. Commento alla “precisazione” della sentenza n. 269 del 2017.

Abstract

The paper examines the recent case-law of the Italian Constitutional Court with respect to the national law-EU law-ECHR relationship. After having pointed out the assessments that have been reached at such proposal, due to the Court's effort of maintaining an open dialogue with the European and national courts, it focuses on the elements that might put at risk such assessments, and attempts to demonstrate why the Italian Constitutional Court should not abandon its traditional approach, that proved to meet with success even in a series of recent occasions.

Suggerimento di citazione

C. PINELLI, *L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo è la rielaborazione della relazione svolta in occasione del convegno su “I Trattati nel sistema delle fonti a 10 anni dalle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale”, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Firenze, 19 gennaio 2018.

** Professore Ordinario di diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Sapienza di Roma.

Contatto: cesarepinelli@tiscali.it

1. La specificità dei trattati sui diritti dell'uomo nelle diverse prospettive disciplinari

La questione se i trattati internazionali sui diritti dell'uomo siano assimilabili agli altri dal punto di vista del trattamento giurisdizionale, o ne richiedano uno specifico, non riguarda solo la CEDU, o la CDFUE rispetto alle altre parti dei trattati europei. Investe tutti i livelli giurisdizionali, e diventa tanto più complessa quanto più il diritto internazionale dei diritti umani acquisisce una propria fisionomia nel passaggio da una comunità internazionale pervasa da indifferenza per le forme di governo, per il rispetto dei diritti umani e per i principi regolativi di ogni Stato, tanto da chiudere gli occhi di fronte a stragi di interi popoli, ad una orientata alla protezione dei valori della persona umana¹. Un passaggio tormentato ma riconoscibile, a partire dall'accresciuta sensibilità per le *gross violations*².

Il diritto è un sismografo di questo passaggio, per quanto dicono le sue norme e una prassi formatasi in riferimento a quelle che più potevano limitarlo, come il superamento di fatto del divieto di ingerenza nelle *domestic jurisdictions* sancito dall'art. 2, par. 7, della Carta delle Nazioni Unite; nella stessa direzione va l'intera prassi della condizionalità sviluppatasi a vari livelli, o il complesso sistema di reazioni delle istituzioni dell'Unione a violazioni dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri.

Ma il diritto non può essere solo un sismografo. Da una vicenda del genere è rimasto condizionato e a sua volta l'ha variamente conformata. Scavalcando frontiere molto al di là degli intenti originari di Costituenti e di Parti contraenti, l'esigenza di protezione dei diritti ha creato corrispondenti possibilità di conflitti non solo tra ordini sovrani e le loro fonti, ma tra giurisdizioni, ciascuna delle quali ha un proprio parametro da far valere anche quando ripudi l'antica concezione esclusivistica della sovranità.

Dal punto di vista del diritto internazionale, è stato osservato, il problema non consisterebbe tanto nel conferire ai trattati sui diritti umani uno *status* distinto, dal momento che essi già differiscono dagli altri trattati a partire dal regime delle riserve fissato dalla Convenzione di Vienna, e inadatto a quelli sui diritti umani, quanto nel fatto che solo le regole dello *jus cogens* e gli obblighi *erga omnes* possono considerarsi di natura costituzionale e perciò pienamente vincolanti al pari degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite e dai principi generali del diritto internazionale³. Poiché, dunque, solo

¹ T. KOJI, *Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights*, in *European Journal of International Law*, 2001, 937.

² H.G. SCHERMERS, *Acceptance of International Supervision of Human Rights*, in *Leiden Journal of International Law*, 1999, 821.

³ S. KIRCHNER, *Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A Place for Values in the International Legal System?*, in *German Law Journal*, Vol. 5, 2004, 5.

alcuni trattati sui diritti umani, in quanto configuranti obblighi *erga omnes*, potrebbero prevalere su altri, senza contare che diritti umani inderogabili possono essere previsti dal diritto internazionale generale oltre che pattizio, si è indotti a ritenere che il tipo di protezione accordata ai diritti umani non possa essere ricavato dall'ordine delle fonti del diritto, ma da una nozione di gerarchia intesa in senso materiale o contenutistico, che però genera incertezze e quindi tensioni fra gli interpreti: nessuna corte internazionale, si dice, negherà l'esistenza in quanto tale di obblighi *erga omnes*, anche in riferimento alla protezione dei diritti umani; incerta sarà piuttosto la possibilità di raggiungere una generale condivisione fra stati e giurisdizioni circa l'estensione della loro portata⁴.

In ordinamenti più strutturati, come quelli nazionali, o i due concorrenti sistemi in vigore su scala europea, la consapevolezza dei rischi di conflitto ha generato progressivi aggiustamenti, non solo nei rapporti fra corti. Del resto, di fronte alla domanda se, in termini di trattamento giurisdizionale, i trattati "sono tutti uguali", il costituzionalista può essere portato a proporre la domanda riconvenzionale se le parti di una costituzione siano fra loro "tutte uguali" dal punto di vista considerato. Sappiamo che, a partire dalla sent.n. 1146 del 1988, la complementarità di una gerarchia materiale con quella formale è acquisita, che uno degli argomenti allora adottati a giustificazione della scelta fu il richiamo alla già operata selezione dei controlimiti a limitazioni di sovranità nei confronti di ordinamenti costituzionalmente richiamati, e che se c'è un filo che collega in termini contenutistici una clausola aperta come i principi supremi all'altra dei controlimiti è proprio quello dei diritti inviolabili della persona.

Ciò di cui si discute, dunque, non è l'abbandono dell'antica deferenza per l'ordine delle fonti e dei rapporti fra ordinamenti, ma la tenuta degli assestamenti raggiunti dopo che le corti l'hanno abbandonata, continuando però a riferirsi ciascuna al proprio parametro, reinterpretato in vista della protezione dei diritti fondamentali.

2. La "precisazione" della sentenza n. 269 del 2007

Quando accettai di intervenire sul tema, pensavo di potermi limitare a un bilancio dell'assestamento realizzato in proposito dalla Corte costituzionale con le Corti europee e con i giudici nazionali in una serie di tappe, e in particolare della giurisprudenza sulla CEDU di cui celebriamo il decennale. A cambiare il mio programma, è bastato un *obiter dictum* sotto forma di "precisazione" della sent.n. 269 del 2017 della Corte, che ripropone il quesito se "i trattati sono tutti uguali" con riguardo al rapporto fra CDFUE e trattati sull'Unione,

⁴ S. KIRCHNER, *Relative Normativity*, cit., 2.

ma con potenziali effetti a catena sull'assestamento cui mi sono riferito. Osserva dunque la Corte che "Fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione, come è accaduto da ultimo in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene (Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sentenza 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, M.A.S, M.B.).

Pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito. In senso analogo, del resto, si sono orientate altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione (si veda ad esempio Corte costituzionale austriaca, sentenza 14 marzo 2012, U 466/11-18; U 1836/11-13). Il tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)".

In riferimento ai casi di doppia pregiudizialità, richiamato l'indirizzo della Corte di giustizia secondo cui il diritto dell'Unione «non osta» al carattere prioritario dei giudizi di competenza delle Corti costituzionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata, la Corte afferma che "laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le que-

stioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE”.

3. I punti fermi dell'assestamento dei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea

Per misurare gli effetti dell'indirizzo, per il momento così solo annunciato, occorrerà ricordare i punti fermi dell'assestamento fin qui raggiunto dal punto di vista specifico di cui debbo trattare.

La sent.n. 170 del 1984, che lo avvia, è ancora inscritta nell'orizzonte dei rapporti tra fonti confliggenti, la legge e il diritto comunitario direttamente applicabile, che riconduce a quelli tra i rispettivi ordinamenti dopo aver portato alle ultime conseguenze l'interpretazione della giurisprudenza pregressa circa le “limitazioni di sovranità” dell'art. 11 Cost. a favore di un ordinamento sovranazionale provvisto di produzione normativa continuativa e (in parte) immediatamente applicabile sul territorio degli Stati membri. Dalla premessa la Corte da un lato faceva discendere l'obbligo per i giudici comuni di applicare il diritto comunitario direttamente applicabile a scapito della legge, così non applicata anziché disapplicata, dall'altra poteva continuare a discorrere di ordinamenti “autonomi ancorché coordinati”, mantenendo la riserva di giurisdizione costituzionale sul rispetto dei controllimiti: nulla a che vedere, è il caso di ripeterlo visti i perduranti fraintendimenti di alcuni, con la rinuncia alla sovranità e col monismo della Corte di giustizia, anche se l'effetto pacificatore dell'applicazione diretta del diritto comunitario immediatamente applicabile veniva pienamente raggiunto.

Dopo trentaquattro anni, la costruzione continua a reggere il trattamento giurisdizionale delle leggi confliggenti. E se non basta a dare conto delle costanti interazioni tra giurisdizioni a fini di protezione dei diritti fondamentali, occorre chiedersi se gli ulteriori passaggi dell'assestamento l'abbiano anche solo in parte rovesciata, o abbiano cercato un equilibrio fra ragioni ordinarie e ragioni dei diritti tale da armonizzarsi con essa.

Dovendo schematizzare, prenderò in considerazione la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la giurisprudenza costituzionale avviata dalle sentenze del 2007. La Carta è il prodotto di istituzioni europee (a cominciare dalla Conferenza intergovernativa di Nizza che la varò nel 2000) in cerca di legittimazione democratica. Con essa la politica si riprendeva la parola dopo aver taciuto nel ventennio in cui l'invenzione delle tradizioni costituzionali comuni aveva consentito alla Corte di giustizia di avviare una non meno pretoria giurisprudenza, ma sempre con lo stesso bersaglio: gli atti degli Stati membri lesivi dei diritti fondamentali. Non a caso, negli anni intercorsi fra la sua proclamazione e la sua entrata in vigore, la Carta, espressamente destinata alla tutela dei diritti dei cittadini europei dalle sole violazioni in ipotesi

compiute da atti dell'Unione europea, e di quelli degli Stati membri "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" (art. 51), fu evocata, e perfino talvolta impropriamente applicata da giudici e da Corti costituzionali nazionali, dal Tribunale di primo grado, ma non dalla Corte di giustizia. Ma il suo obiettivo, che ne circoscrive corrispondentemente la portata, consiste nel completare un sistema di protezione dei diritti fondamentali che prima della sua entrata in vigore era carente ed anche contraddittorio, escludendo di fatto dal sindacato giurisdizionale proprio gli atti dell'Unione. E tale complemento funziona ora a pieno regime: la Corte di giustizia ha dovuto cambiare bersaglio, e sulla base di un parametro scritto, non creato da se stessa.

Ne è una riprova il divieto di ogni interpretazione delle disposizioni della Carta "limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri" (art. 53). Il divieto corrisponde a quello dell'art. 53 della CEDU, secondo cui l'interpretazione delle disposizioni della Convenzione non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali, e l'uno e l'altro riflettono l'obbligo di rispettare il principio di equivalenza delle tutele, affermatosi in sede giurisprudenziale, sebbene le Corti costituzionali lo abbiano sempre accompagnato con una riserva di giurisdizione sul rispetto dei controlimiti.

Il principio di equivalenza delle tutele non scardina neanch'esso la separazione fra ordinamenti ma la presuppone, come del resto è esplicitato dall'inciso "nel rispettivo ambito di applicazione". Casomai occorre verificare come tale principio possa conciliarsi con quello di "massima espansione delle garanzie", enunciato e più volte applicato anche nella giurisprudenza della nostra Corte sulle leggi confliggenti con la CEDU.

4. Le sentenze sulla CEDU del 2007

Prima di procedere sarà bene richiamare il passo della giurisprudenza avviata nel 2007 che qui rileva più direttamente.

Nella sentenza n. 348, per respingere un'eccezione di inammissibilità fondata sul dovere dei giudici comuni di disapplicare le norme interne che la Corte europea abbia ritenuto essere causa di violazione strutturale della Convenzione, la Corte ribadisce che il suo indirizzo sull'efficacia diretta delle norme comunitarie direttamente applicabili non riguarda le norme CEDU, le quali, "pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti

nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto [...] Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale [...] da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri".

La premessa richiede la ricerca di un parametro diverso da quello dell'art. 11 ai fini della giustificazione dell'accesso del diritto convenzionale. Proprio allora stava prendendo più spazio la tesi della specialità *ratione materiae* dei trattati sui diritti dell'uomo rispetto agli altri⁵, cui avrebbe potuto corrispondere l'ipotizzato ancoraggio all'art. 2 Cost. dei diritti riconosciuti dalla CEDU⁶, non privo di qualche riscontro nella stessa giurisprudenza della Corte là dove essa aveva affermato che le diverse formule espressive dei cataloghi dei diritti dell'uomo "si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione" (sent.n. 388 del 1999). Solo che, nel momento in cui la Corte si decideva ad ammettere non più un mero ausilio interpretativo ma l'applicabilità del diritto CEDU, l'affermazione di una tale prevalenza della gerarchia materiale su quella formale, spostando la prospettazione dell'antinomia dal piano delle fonti a quello dei diritti da esse rispettivamente riconosciuti, avrebbe avallato l'incipiente ma potenzialmente inarrestabile tendenza dei giudici comuni a disapplicare le norme legislative confliggenti con la CEDU, in cui la Corte vedeva e vede non a torto non solo una prassi incostituzionale ma una minaccia alla tenuta dello stesso modello accentrato di giustizia costituzionale.

Il ricorso alternativo all'art. 117, primo comma, Cost. nella versione approvata con l.cost.n. 3 del 2001 consentiva invece di saldare il nuovo indirizzo alla prospettiva dei rapporti tra fonti e tra ordinamenti, e in particolare a mantenere la legge di esecuzione della CEDU, in quanto trattato internazio-

⁵ Venice Commission, *The status of international treaties on human rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.

⁶ A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007.

nale, su un piano subordinato all'intera Costituzione, con le conseguenze sugli scrutini dei giudici comuni e della Corte che possiamo dare per note.

Il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, proposto sempre in quella fase (ord.n. 103 del 2008), poteva leggersi alla luce dello stesso intento di scongiurare ogni autoesclusione dai confronti sempre più ravvicinati delle giurisdizioni nazionali con quelle europee⁷.

5. Il principio di “massima espansione delle garanzie dei diritti fondamentali”

Il richiamo al principio di “massima espansione delle garanzie”, che va perciò anch'esso esaminato sullo sfondo di una complessa trama di interazioni fra corti, viene per la prima volta enunciato nella sent.n. 317 del 2009: “Con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, si arriva facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale”. Tirando le fila del suo ragionamento, la Corte conclude che “il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti”.

L'ipotesi di garanzie convenzionali dei diritti non esplicitamente contemplate dalla Costituzione diventa così la condizione per attivare il meccanismo

⁷ C. PINELLI, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali. Una ricostruzione*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, III, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 544.

forgiato dalle sentenze del 2007 per adeguare l'ordinamento nazionale alla CEDU, purché si rispetti, come la stessa Corte si premura di ricordare, "il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali".

In termini operativi o funzionali, il principio di massima espansione delle garanzie appare complementare e può accostarsi a quello di equivalenza delle garanzie, nell'interpretazione datane dalle Corti costituzionali. L'uno e l'altro sono costruiti su una clausola di presunzione *iuris tantum*, data rispettivamente dall'interpretazione della legge nazionale conforme al diritto convenzionale e dall'interpretazione del diritto UE direttamente applicabile conforme a Costituzione, la quale può essere contraddetta, nel primo caso da una accertata impossibilità per il giudice comune di procedere all'interpretazione conforme della legge con conseguente rimessione alla Corte della relativa questione di legittimità, e nell'altro dal dubbio di violazione dei controlimiti.

I parametri restano naturalmente diversi, in ragione del diverso fondamento costituzionale riconosciuto a un trattato che abbia dato vita a un'organizzazione internazionale e ad uno istitutivo di un ordinamento sovranazionale legittimato dal consenso a "limitazioni di sovranità"; e diverso sarà pertanto il perimetro del giudizio di legittimità, consistente, rispettivamente, in possibili bilanciamenti con altre norme costituzionali poste a garanzia di "diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela", e nel solo raffronto diretto coi controlimiti del diritto UE direttamente applicabile.

Ma tanto la differenza di parametri, quanto la somiglianza di sequenze in cui rispettivamente si snodano in termini operativi, mostrano come ambedue i principi riflettano un'istanza di equilibrio fra le ragioni delle Corti europee e quelle proprie volta a temperare l'asprezza di un'*actio finium regundorum* inscritta in una dinamica di rapporti fra ordinamenti, con indicazione anticipata degli itinerari della precomprensione dei diversi gruppi di casi che possano venire in questione.

6. Corti nazionali e Corti europee

Non sempre la giurisprudenza sulla CEDU saprà o potrà attestarsi su questa linea.

Talora, ad esempio, la Corte differenzia il sindacato della Corte EDU, la quale "è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco", dal proprio sindacato, consistente in "una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in

volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata” (sent.n. 264 del 2012). La contrapposizione presuppone che l’ultima parola spetti a chi operi una “valutazione sistemica, e non isolata”, anche se i suoi bilanciamenti si ribadiscono preordinati “non già all’affermazione della primazia dell’ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele”.

Più tardi anche questa affermazione viene circoscritta. Nella sentenza n. 49 del 2015, osserva la Corte che “Il più delle volte, l’auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana”. Qui il bersaglio non è tanto costituito dalla Corte di Strasburgo, quanto dalla Corte di cassazione. Le questioni sono ritenute inammissibili, perché “i rimettenti erroneamente hanno ritenuto di essere obbligati a recepire il principio di diritto che avevano ricavato dalla sentenza Varvara”, ed è ai giudici comuni che si dettano le condizioni per osservare il precetto costituzionale di esclusiva soggezione alla legge.

A parte l’obbligo di dar corso a una decisione della Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui un giudice torni ad occuparsi, per la Corte “Corrisponde a una primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla CEDU, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo. Quest’ultimo, poggiando sull’art. 117, primo comma, Cost., e comunque sull’interesse di dignità costituzionale appena rammentato, deve coordinarsi con l’art. 101, secondo comma, Cost., nel punto di sintesi tra autonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest’ultimo di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso. È in quest’ottica che si spiega il ruolo della Corte EDU, in quanto permette di soddisfare l’obiettivo di certezza e stabilità del diritto”. Saggiunge la Corte che è “solo un ‘diritto consolidato’, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo”, come il giudice potrà accertare che sulla base di indici quali “la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzianti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto

l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano". Quando "tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano", e purché non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto, il giudice escluderà il dubbio di compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione; diversamente, assumerà quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea. Questa specie di decalogo per i giudici comuni segnala un limite strutturale all'utilizzazione del diritto convenzionale nelle "ipotesi estreme", quando si confrontano visioni troppo lontane del diritto e della legge per vanificare la possibilità stessa di espansione delle garanzie.

A distanza di pochi mesi, in *Parrillo c. Italia* del 27 agosto 2015, la *Grande Chambre* di Strasburgo respingerà un'eccezione di mancato esaurimento dei ricorsi interni sollevata dal Governo, adducendo l'assenza nell'ordinamento italiano di un ricorso diretto alla Corte costituzionale per la protezione dei diritti, già rilevata in *Brozicek c. Italia* del 29 dicembre 1989, e soprattutto escludendo che l'indirizzo avviato dalle sentenze del 2007 possa indurla a rivedere tale conclusione. La Corte riporta poi i dettami ai giudici nazionali della pronuncia n. 49 del 2015 senza

commentarli, quasi che le basti aver ricordato alla Corte costituzionale il tallone d'Achille di non essere giudice dei diritti, ma delle leggi⁸.

Da una parte e dall'altra simili attitudini vanno oltre le schermaglie, per evidenziare certi limiti strutturali di cognizione dell'interlocutore. Ma si saranno pure notate incrinature nei raccordi nazionali, tali da non assicurare una sufficiente osservanza dell'indirizzo del 2007 da parte dei giudici comuni e della Cassazione in particolare. Eppure la Corte costituzionale è sembrata condividere a lungo l'opinione che il gioco delle reciproche interazioni funzioni tanto meglio, quanto più Corti europee e Corti nazionali si rivelino consapevoli dei necessari intrecci fra i diversi ordinamenti cui ciascuna appartiene e dello scopo comune cui devono portare: "la massima convergenza possibile nell'identificare la massima espansione possibile dei nostri diritti, pur in un contesto in cui i membri dell'Unione e quelli del Consiglio d'Europa vengono da culture, tradizioni e sensibilità diverse o anche molto diverse"⁹.

⁸ C. PINELLI, *Gli adattamenti costituzionali attraverso il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti fondamentali.it*, V, 1/2016.

⁹ G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, il Mulino, Bologna 2015, 106.

7. Commento alla “precisazione” della sentenza n. 269 del 2017

Nella “precisazione” da cui eravamo partiti si avverte un brusco mutamento di orizzonte, a partire dalla “presa d’atto” che “la Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell’Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)”. È la “presa d’atto” a caricare di una inedita valenza l’ingiunzione al giudice di invertire la sequenza nei casi di doppia pregiudizialità, “tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria”.

A nove anni dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte si accorge dell’“impronta tipicamente costituzionale” della Carta che vi è allegata col dichiarato medesimo effetto delle disposizioni del Trattato. Se ne sarà pure accorta alla luce delle sue applicazioni giurisprudenziali, ma senza dirlo, e soprattutto senza tener conto dell’art. 51, malgrado inequivocabili affermazioni anche recenti, secondo cui, per poter invocare la Carta in un giudizio di legittimità costituzionale, occorre che la fattispecie oggetto di legislazione interna «sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell’Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell’Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell’Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto» (sentt. nn. 80 del 2011 e 63 del 2016).

In realtà, in tanto può dirsi che la Carta presenti “una impronta tipicamente costituzionale”, in quanto funge da complemento indispensabile di un sistema di protezione dei diritti fondamentali che si era rivelato gravemente carente proprio in riferimento agli atti dell’Unione. La stessa ipotesi di interferenze non meramente congiunturali, ma strutturali, della Corte del Lussemburgo con le corti nazionali come effetto delle intersezioni fra cataloghi di diritti non potrebbe essere prospettata senza aver dimostrato che la delimitazione dell’ambito applicativo compiuta dall’art. 51 è fallita.

Il caso *Taricco*, addotto a dimostrazione di una “violazione del diritto della persona che infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione” sul principio di legalità dei reati e delle pene, si incentra come è noto sulla pretesa violazione dell’art. 325 TFUE da parte della legge italiana. Anche l’interpretazione estensiva della Corte del Lussemburgo in ordine agli atti degli Stati membri suscettibili di ricadere sotto la sua cognizione in quanto prodotti “esclusivamente in attuazione del diritto dell’Unione” presuppone pur

sempre un atto dell'Unione. La prospettiva della Carta sancisce la lettura degli "ordinamenti autonomi ancorché coordinati", nel momento in cui dota l'Unione di un catalogo di diritti fondamentali, e fa della Corte di giustizia una giurisdizione costituzionale proprio nella misura in cui viene per la prima volta chiamata a giudicarne gli atti adottati in pretesa violazione di quei diritti.

L'obliterazione di questa prospettiva provoca un immediato corto circuito con le linee portanti dell'assestamento che si è cercato di ricostruire. L'ingiunzione al giudice di adire la Corte non è più ristretta all'ipotesi di violazione dei controllimiti da parte del diritto UE che diversamente avrebbe dovuto applicare a scapito della legge nazionale con esso confliggente. Si estende all'ipotesi in cui egli assuma un simultaneo conflitto della legge con diritti garantiti dalla Costituzione e con diritti garantiti dalla CDFUE, che la Corte "giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito".

Una volta sganciata dalle limitazioni ivi previste relativamente agli atti suscettibili di cognizione da parte della Corte di giustizia, l'affermazione dell'"impronta tipicamente costituzionale" della Carta a fronte delle altre disposizioni del Trattato rende indifferente il rispetto del parametro che ciascuna Corte ha fin qui continuato a custodire, e apre la via a un'appropriazione del parametro della CDFUE da parte della Corte costituzionale. Nello stesso tempo, fino a che punto l'ingiunzione al giudice di sollevare preliminarmente questione di legittimità di una legge ogni volta che la ritenga simultaneamente confliggente con diritti garantiti dalla Costituzione e dalla Carta configura una circoscritta eccezione alla regola dell'applicazione del diritto dell'Unione direttamente applicabile a scapito della legge con esso confliggente? Come escludere che, alla lunga, l'eccezione agisca piuttosto da slavina capace di travolgere la regola, se non altro perché la stessa opera di individuazione dei diritti fondamentali può frequentemente risultare controversa? Non si rischierebbe un ritorno all'impostazione della sentenza n. 183 del 1973, proprio mentre la Corte rifiuta ogni distinzione di ruoli fra giurisdizioni alla stregua del rispettivo parametro?

Sarebbe un esito paradossale, che però può spiegarsi col doppio bersaglio della "precisazione", rivolta alla Corte del Lussemburgo e ancor più a certe sue quinte colonne facilmente riconoscibili fra i giudici nazionali. Lo stesso bisogno di uscire dall'angolo si avverte, lo si è visto, nella giurisprudenza sulla

CEDU¹⁰. Ma i rimedi della “precisazione” aprirebbero una strada ben più insidiosa per la credibilità della Corte costituzionale.

Non è plausibile che la Corte di giustizia, in cerca di una stretta di mano nella seconda puntata di *Taricco*, non veda un’inspiegabile riapertura di ostilità nell’appropriazione del parametro della Carta e nella prima seria incrinatura del principio dell’effetto diretto. Non è plausibile che la ventilata acquisizione del sindacato accentrato fra i principi supremi, che traspare dall’avvertenza che “le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)”, commuova proprio quei giudici comuni dediti a seguire, in nome di un primato dei diritti sulla legge, l’indebita prassi della disapplicazione al di fuori delle ipotesi tracciate dalla giurisprudenza costituzionale. Non è plausibile che la “presa d’atto” dell’“impronta tipicamente costituzionale” della Carta dei diritti a fronte delle altre parti del Trattato sull’Unione non debba estendersi alla CEDU, non meno della Carta piena di diritti che “intersecano in larga misura” quelli garantiti dalla Costituzione, e nello stesso tempo unico trattato internazionale a venire invocato in una giurisprudenza ultradecennale condotta alla stregua dell’art. 117, primo comma, della Costituzione.

La “precisazione” appare in definitiva avventurosa sul piano sistemico, e di dubbio rendimento nei rapporti con altre giurisdizioni. Anche di recente, dalla sent.n. 49 del 2015 all’ord.n. 24 del 2017, abbiamo visto una Corte impegnata in pazienti ma ferme strategie persuasive, incentrate su sapienti tessiture in ordine alla precomprensione dei casi, e in grado di inserirsi con profitto nella difficile dinamica delle interazioni con le altre corti europee e nazionali. Non vi è ragione per dubitare che questa sia ancora la strada da seguire.

¹⁰ Preoccupazioni esplicitate da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, Relazione all’incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia (Siviglia 26-28 ottobre 2017), www.cortecostituzionale.it.