



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2021, n. 3

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaurò, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale[†]
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS
Federico Casolari, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Ana C. Gallego Hernández, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla
Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravallo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Marie Curie Fellow, European University Institute
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Michele Nino, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Anna Oriolo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho internacional público, Universitat Pompeu Fabra Barcelona
Teresa Russo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho
Angel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"

www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario

2021, n. 3

Editoriale

La politica europea di cooperazione giudiziaria in materia civile e il suo impatto negli ordinamenti nazionali p. 1
Francesco Salerno

Saggi e Articoli

L'equilibrio nei rapporti tra Corti europee e Corti nazionali: un'autentica quadratura del cerchio possibile solo in prospettiva *de iure condendo* p. 9
Antonio Ruggeri

Brexit e accordi di riammissione dell'Unione europea p. 32
Giovanni Cellamare

Spazio europeo e clausole di deroga dei trattati internazionali in materia di diritti umani: spunti dalla nuova prassi relativa all'emergenza pandemica p. 43
Valeria Eboli

Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso *Repubblika* alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco p. 73
Angela Festa

La riforma della disciplina di recepimento del mandato d'arresto europeo: il nuovo assetto dei limiti all'esecuzione della richiesta di consegna p. 95
Stefano Montaldo, Lorenzo Grossio

La questione dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul alla luce del parere 1/19 della Corte di giustizia dell'Unione europea p. 136
Claudia Morini

In search of *Ecocide* under EU Law. The international context and EU law perspectives p. 163
Alfredo Rizzo

Cooperazione internazionale in materia di sequestro e confisca e tutela dei diritti fondamentali: tre modelli nel sistema europeo *post* Brexit p. 197
Alessandro Rosanò



Commenti e Note

- Legal persons and cross-border crimes in the EU: current issues and prospects p. 223
Giulia Fabri, Vittoria Sveva Zilia Bonamini Pepoli
- Il “*green pass* esteso” nello spazio europeo *multilevel* di libertà, sicurezza e giustizia. p. 243
Riflessioni sull’eventuale introduzione dell’obbligatorietà vaccinale
Federica Grasselli, Valeria Tevere
- Pubblicazione e condivisione di foto sui social network: la tutela del minore fra diritto p. 282
all’immagine e protezione dei dati personali
Livio Scaffidi Runchella



L'EQUILIBRIO NEI RAPPORTI TRA CORTI EUROPEE E CORTI
NAZIONALI: UN'AUTENTICA QUADRATURA DEL CERCHIO POSSIBILE
SOLO IN PROSPETTIVA *DE IURE CONDENDO**

Antonio Ruggeri**

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dei rapporti tra le Corti attraverso gli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (cenni). – 2. Il cruciale rilievo del principio di apertura nei rapporti interordinamentali, alla luce del “metapincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali, il *nazionalismo costituzionale* non di rado ricorrente in giurisprudenza e le aporie di costruzione esibite sia dalla Corte delle leggi che dalle Corti europee. – 3. La “forza normativa” delle Carte sostanzialmente intesa e il difetto di una organica *teoria delle Carte* linearmente svolta dalla giurisprudenza costituzionale tanto al piano della teoria delle fonti quanto a quello della teoria della interpretazione. – 4. L'indebita differenza di trattamento riservata alle Carte per l'aspetto delle tecniche decisorie poste in atto in sede di risoluzione delle antinomie insorgenti tra le stesse (con specifico riguardo all'applicazione diretta, per un verso, ed al sindacato accentrato di costituzionalità, per un altro, così come intesi e fatti valere dalla giurisprudenza costituzionale). – 5. Una succinta notazione finale, con specifica attenzione alla sovente non vigilata espansione del ruolo dei giudici ed alla sua conseguente, incontrollata iperpoliticizzazione.

1. L'evoluzione dei rapporti tra le Corti attraverso gli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (cenni)

Confesso un certo disagio a tornare a trattare del tema che mi è stato assegnato dagli organizzatori di questo incontro di studi in onore di Roberto Romboli, valoroso collega ed amico carissimo. Ne ho, infatti, ripetutamente esplorato, specie negli anni a noi più altri almeno in parte nuovi, per quanto la giurisprudenza (nazionale e non) ce ne offra il destro, inventando a getto continuo soluzioni non di rado ardite (per non dire temerarie...) che hanno subito attratto (e senza sosta attraggono) l'attenzione di schiere di studiosi, esattamente come il polline fa con le api.

* Relazione alla Giornata di studi per Roberto Romboli su *Rileggendo gli “Aggiornamenti in tema di processo costituzionale” e non solo...*, Pisa 5 novembre 2021, alla cui data lo scritto è aggiornato.

** Emerito di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Messina. Indirizzo e-mail: antonio.ruggeri4848@gmail.com.

Ci è stato chiesto di tornare a riguardare ai rapporti in parola facendo riferimento agli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*: una tra le più felici iniziative culturali venute alla luce tra quelle aventi ad oggetto i giudizi di costituzionalità, un'autentica miniera di dati criticamente rielaborati ai quali attingere a piene mani nelle ricerche riguardanti la giustizia costituzionale, specificamente appunto nei suoi profili processuali. La locandina relativa al nostro incontro di oggi tuttavia nella sua chiusa si apre altresì a studi non esclusivamente ancorati agli *Aggiornamenti* suddetti. Una scelta che personalmente giudico felice e della quale conto dunque di avvalermi nella succinta riflessione che mi accingo a svolgere.

Un dato, nondimeno, balza subito evidente agli occhi, ad una rapida scorsa degli *Aggiornamenti* fin qui succedutisi; e dà la misura di come si siano evoluti i rapporti tra le Corti e, con essi, la sensibilità degli studiosi che ne hanno variamente trattato. L'opera sopra richiamata, infatti, è nata – come si sa – allo specifico fine di fare il punto ogni triennio sui più salienti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di giudizi davanti alla Corte. Ebbene, i rapporti qui oggetto di studio – com'è chiaro – s'intrattengono da tempo ma gli attori istituzionali tra i quali essi prendono forma, fino a quindici anni circa a questa parte, non avevano ancora intessuto a maglie fitte e in tutta la sua estensione la tela delle relazioni stesse. Ne dà testimonianza l'esame dei giudizi sulle leggi in via incidentale, parte centrale di ogni trattazione relativa alla giustizia costituzionale: un autentico termometro dello stato di salute delle Corti, un indice eloquente della disponibilità a dar vita ad un "dialogo" – come pure con non rimossa ambiguità ed approssimazione si suole chiamarlo¹ – avente ad oggetto questioni via via più numerose e rilevanti riguardanti la tutela dei diritti fondamentali, vecchi e nuovi.

Non è, dunque, per mero accidente se fino al triennio 2005-2007, ai rapporti in parola si facevano solo sporadici e marginali cenni, mentre l'attenzione del lettore era sollecitata a fermarsi su questioni annose e vessate della giustizia costituzionale, in fase sia di apertura (con specifico riguardo alle valutazioni compiute dal giudice *a quo*) che di svolgimento e di chiusura dei giudizi davanti alla Corte. Insomma, il versante interordinamentale era lasciato in buona sostanza nell'ombra e – direi – non a torto, l'oggetto delle riflessioni essendo costituito dai concreti sviluppi della giurisprudenza costituzionale, in seno alla quale i richiami ai punti di vista delle Corti europee facevano – come si sa – largamente difetto.

La svolta si è poi avuta – come pure è noto – con le famose sentenze "gemelle" sulla CEDU del 2007, alle quali nel volume relativo al triennio suddetto è prestata una particolare attenzione, segnalandone i punti di maggiore rilievo².

¹ Sul punto, se si vuole, possono vedersi alcune precisazioni nel mio *Il "dialogo" tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente bonne à tout faire*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2021, 6 settembre 2021, p. 666 ss.; cfr. al mio punto di vista quello non molto tempo addietro manifestato da F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 18/2019, 2 ottobre 2019, p. 1 ss.

² V., dunque, R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Torino, 2008, spec. p. 44 ss.

Negli anni seguenti, poi, i richiami alle relazioni in parola si sono via via fatti sempre più frequenti, ovviamente specie a seguito e per effetto delle novità introdotte in tema di “doppia pregiudizialità” dalla 269 del 2017 (e succ.), su cui si tornerà tra non molto.

Si spiega in questa luce la circostanza per cui, per un verso, negli *Aggiornamenti* relativi al triennio 2017-2019 rinveniamo uno studio specificamente dedicato ai rapporti in parola³, mentre, per un altro verso, tutta la parte finale del volume dedicato a R. dai suoi allievi nel quale si fa luogo alla rilettura di tutti gli *Aggiornamenti* ad oggi usciti ospita ben tre saggi⁴ concernenti i rapporti stessi. E non è inopportuno qui rammentare che lo stesso manuale di *Giustizia costituzionale*, di cui R. è coautore con E. Malfatti e S. Panizza, fa oggetto di accurato esame anche il versante delle relazioni in parola⁵.

2. Il cruciale rilievo del principio di apertura nei rapporti interordinamentali, alla luce del “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali, il nazionalismo costituzionale non di rado ricorrente in giurisprudenza e le aporie di costruzione esibite sia dalla Corte delle leggi che dalle Corti europee

Ora, le relazioni stesse si prestano astrattamente ad essere indagate su tre piani, avuto riguardo a come esse si sono svolte e si svolgono, a come dovrebbero svolgersi secondo modello, a come potrebbero svolgersi. Quale che sia l’ambientazione prescelta, è chiaro che l’analisi e gli argomenti di cui questa si avvale risultano fortemente condizionati dalla previa opzione metodica relativa al punto di vista dal quale si torna a riguardare ai rapporti in parola. Non si dà – com’è noto – un punto di vista terzo e sovrastante rispetto a quelli adottati da questa o quella Corte. Occorre, dunque, di necessità scegliere tra l’uno o l’altro ovvero disporsi dapprima dall’uno e poi dagli altri e far quindi luogo al raffronto degli esiti teorico-ricostruttivi man mano raggiunti.

La questione si fa particolarmente delicata e complessa con riguardo al secondo piano. È chiaro, infatti, che altro è il modello quale risulta stabilito, sia pure per grandi linee, nella legge fondamentale della Repubblica ed altra cosa quello o quelli che si ricavano da altri documenti positivi (per ciò che è qui di specifico interesse, dai Trattati e dalla Carta di Nizza-Strasburgo con riferimento alla Corte dell’Unione europea e dalla CEDU quanto alla Corte di Strasburgo).

Un punto va, ad ogni buon conto, subito rimarcato e messo in chiaro. È appena il caso qui di avvertire che, ove si opti – come molti fanno –, perlomeno in via prioritaria (se non

³ ... per mano di G. CAMPANELLI e A. LO CALZO, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, p. 281 ss.

⁴ ... di L. MANNELLI, il primo allievo in ordine di tempo di R.E. MALFATTI e G. CAMPANELLI: v., rispettivamente, *Alcune annotazioni in tema di doppia pregiudizialità*; *La tendenza ad un nuovo accentramento*, e *Ripensando i modelli di protezione dei diritti fondamentali: le dinamiche di un sistema duale tra giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale*, tutti in AA.VV., *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*. A Roberto Romboli dai suoi allievi, Torino, 2020, p. 225 ss., p. 243 ss. e p. 269 ss.

⁵ V., part., della VII ed. (Torino, 2021), l’ultimo cap., p. 383 ss.

pure in modo esclusivo), per il *nostro* punto di vista, quello cioè della Costituzione, è doveroso tener conto delle indicazioni che essa ci dà nell'insieme dei suoi principi fondamentali, avuto cioè riguardo all'intero "sistema" dei valori fondamentali positivizzati. Può sembrare persino banale far luogo a questa preliminare avvertenza che, nondimeno, giudico necessaria, dal momento che non è infrequente riscontrare anche negli studi di più pregevole fattura il vizio della parzialità della prospettiva metodica che poi ridonda e si converte in esiti teorici essi pure portatori del medesimo vizio. In particolare, viene sottostimato il rilievo che è da assegnare al principio fondamentale di apertura dell'ordine interno al diritto avente origine esterna, internazionale e sovranazionale: un rilievo – non è inopportuno qui rammentare – che è pari a quello dei principi fondamentali restanti, per la elementare ragione che ciascuno di essi concorre con gli altri a sorreggere l'edificio della Repubblica che, privo anche solo di uno di essi, crollerebbe al suolo travolgendo nella propria caduta le sue stesse basi portanti.

In realtà, come si è tentato di argomentare altrove, è proprietà essenziale e qualificante dei principi in parola la loro inautonomia concettuale e positiva, ciascuno di essi entrando a comporre la stessa struttura dei restanti, a darle significato ed a concorrere incessantemente al suo rinnovamento pur nella fedeltà alla matrice originaria, in ragione dei più avvertiti e diffusi bisogni emergenti in seno al corpo sociale e, in genere, delle condizioni oggettive di contesto. Insomma, ogni principio fondamentale è, a un tempo un *principio-mezzo* ed un *principio-fine*: è un fine o, diciamo pure, un bene in sé e per sé ma è anche uno strumento al servizio dei beni restanti con i quali condivide la natura e la funzione identificante l'essenza dell'ordinamento e la sua indeclinabile vocazione a trasmettersi integro nel tempo.

Ora, il cruciale rilievo del principio di apertura non richiede di certo di essere qui evidenziato. Sappiamo tutti da quali travagliate vicende storiche è nata la Repubblica. L'affermazione dell'art. 11 secondo cui la Repubblica acconsente alle limitazioni di sovranità indispensabili per la salvaguardia della pace e della giustizia fra le Nazioni, che completa e sorregge le indicazioni contenute nell'art. immediatamente precedente, non può essere colta ed apprezzata appieno al di fuori del doveroso riferimento al sofferto passato col quale la Repubblica ha inteso porsi nel segno di una netta discontinuità costituzionale.

È questa, dunque, la ragione per cui gli enunciati contenuti negli artt. 10 e 11 si pongono, sì, in funzione immediatamente e necessariamente servente nei riguardi della coppia assiologica fondamentale – come a me piace chiamarla – risultante dai valori di libertà ed eguaglianza, dai quali gli enunciati stessi per la loro parte ricevono luce e giustificazione; e però, proprio per ciò, si pongono altresì al servizio dell'intero ordine repubblicano, nell'insieme dei suoi principi fondamentali e, quindi, delle norme che ne danno la prima e necessaria specificazione-attuazione.

Il principio di apertura poi – tengo qui pure a precisare – non è affatto incondizionato, ciò che porterebbe diritto alla sua "tirannica" affermazione sui principi restanti. Si dà – è

vero – una sorta di “metaprincipio” che governa le dinamiche relative ai principi⁶; ed è quello della ricerca della loro massima affermazione possibile alle condizioni oggettive date: di ciascuno di essi e di tutti assieme, attraverso il loro reciproco temperamento. È perciò che la tecnica del “bilanciamento” – com’è in uso chiamarla – prende forma e si fa apprezzare non soltanto nel “chiuso” dell’ordine interno ma si proietta pure – grazie proprio al principio di apertura – al piano delle relazioni interordinamentali. L’operatore è, infatti, naturalmente sollecitato a volgere lo sguardo *anche* fuori della finestra costituzionale aperta sul mondo esterno, a trattare le norme *aliunde* prodotte che si immettano con le forme prescritte in ambito interno e in esso spieghino i loro effetti al pari delle norme che in quest’ultimo vengono a formazione, interrogandosi ogni volta in merito a quale di esse possa maggiormente giovare alla soluzione del caso, vale a dire a concorrere a fissare il più in alto possibile il punto di sintesi assiologica, quello cioè nel quale la Costituzione come “sistema” di valori fondamentali positivizzati si afferma ed appaga nel modo migliore in relazione alle complessive esigenze del caso stesso.

È singolare e francamente amaro dover tuttavia riscontrare come in questo scenario una nutrita schiera di studiosi faticosi a riconoscersi, quando non si disponga in ferma opposizione nei riguardi di esso. Il “metaprincipio” in parola è, infatti, oggetto di accesa contestazione da parte di un’accreditata dottrina che non ne ammette la stessa esistenza⁷; quando, poi, ad esso non ci si opponga frontalmente, di fatto si tende pur sempre ad assicurare la prevalenza dei principi di diritto interno sulle norme di origine esterna.

Emblematica, al riguardo, la nota dottrina dei “controlimiti” che, alla luce di quanto si è venuti dicendo, possono entrare in campo e farsi valere unicamente laddove ciò sia richiesto dal “metaprincipio” suddetto. Come si è infatti già rilevato altrove, i “controlimiti” compongono una categoria – diciamo così – *a scomparsa* o *a fisarmonica*, distendendosi ovvero contraendosi, fino ad uscire completamente di scena, laddove *ab extra* vengano norme (e relative pronunzie giudiziali) in grado di servire ancora meglio la coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza, nel suo fare tutt’uno con i principi fondamentali restanti.

È figlio della rilevata tendenza a proiettare in primo piano i principi iscritti nella Carta, in modo prioritario e persino assorbente rispetto ai materiali normativi e giurisprudenziali provenienti dall’esterno, l’atteggiamento largamente diffuso sia tra gli studiosi che (e soprattutto) nella giurisprudenza (in particolare di quella formatasi alla

⁶ Questa etichetta si ritrova anche in A. RANDAZZO, *Il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2/2020, 10 giugno 2020, p. 658 ss.

⁷ Così, part., R. BIN, in più scritti, tra i quali *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto costituzionale*, 1/2019, p. 11 ss., spec. p. 21 ss., nonché l’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, da ultimo, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, spec. p. 161 ss., ma v., in avverso, quanto se ne dice di recente nel mio *Il “dialogo” tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente bonne à tout faire*, cit., spec. p. 675 ss.

Consulta) secondo cui la Costituzione direbbe *tutto su tutto* e lo direbbe sempre (o quasi)⁸ *nel modo migliore*⁹. Un pensiero, questo, ingenuo e controproducente: un autentico *boomerang* che finisce poi con il ritorcersi contro la Costituzione stessa e coloro che ad essa fanno appello al fine di vedere appagati i loro diritti fondamentali (e, in genere, gli interessi protetti dalla Carta).

Di contro, mettendo a nudo talune strutturali carenze della nostra legge fondamentale le si renderebbe un buon servizio, avendosene una spinta vigorosa per il suo opportuno aggiornamento (se del caso, attingendo appunto ad indicazioni venute *ab extra*)¹⁰. Ad ogni buon conto, l'idea "sacrale" della Costituzione, assiomaticamente giudicata immutabile nei suoi principi fondamentali a pena che ne sia pregiudicata l'identità e continuità, si confuta da sé, per la elementare ragione che la perfezione – come si sa – non è di questo mondo.

Sta di fatto che il *nazionalismo costituzionale* – come si è ritenuto qui pure di chiamarlo – cova sempre sotto le ceneri di una visione arcaica della Costituzione e della sua forza ed è sempre pronto a tornare ad affermarsi laddove gliene sia offerta l'opportunità¹¹.

Se ne ha, d'altronde, l'immediata proiezione al piano della teoria delle fonti, con la subordinazione gerarchica intravista *per sistema* delle Carte dei diritti (e delle fonti in genere) di origine esterna rispetto alla Costituzione, non soltanto con riguardo ai principi

⁸ Per vero, in talune circostanze si è ammesso che una Carta diversa dalla nostra legge fondamentale possa offrire una tutela più ampia (così, ad es., in Corte cost. n. 25 del 2019 e 140 del 2021) ma il *trend* nettamente prevalente (ed espressivo di una sorta di *nazionalismo costituzionale* infecondo) è quello indicato nel testo.

⁹ Si spiega, d'altronde, in questa luce la preferenza accordata dal giudice costituzionale, in caso di supposta violazione di plurimi parametri aventi origine interna ed esterna, a dare la precedenza all'esame dei primi facendo quindi non di rado utilizzo della tecnica dell'assorbimento dei vizi per i profili riguardanti i secondi.

¹⁰ Ciò che, a mio modo di vedere, può aversi nei riguardi degli stessi principi fondamentali (e – per ciò che è qui di specifico interesse – dei disposti relativi ai diritti), passibili di revisione *in melius* [delle non poche, vessate questioni che da tempo si agitano in tema di limiti alle innovazioni costituzionali si è, ancora non molto tempo addietro, discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa, svoltosi a Catanzaro l'8 e il 9 giugno 2018, su *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. ADAMO, R. CARIDÀ, A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO, Napoli, 2019; v., inoltre, P. BIANCHI, *L'ossessione riformatrice. Alcune osservazioni sul processo di revisione permanente*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2019, p. 1 ss., e M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2020, 17 febbraio 2020, p. 266 ss.].

¹¹ Se n'è avuta una tristemente emblematica testimonianza anche in altri ordinamenti, ad es. assai di recente con la pronuncia del tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre scorso a difesa della *primauté* della Costituzione sul diritto dell'Unione, preludio – ad avviso di molti commentatori – di una uscita imminente dello Stato dall'Unione [per tutti, C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polesit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, Editoriale, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 24/2021, 20 ottobre 2021, p. IV ss.; di un "recesso di fatto" discorre P. MANZINI, *Verso un recesso de facto della Polonia dall'Unione europea?*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 4/2021, 25 ottobre 2021, p. 1 ss.]. Potrebbe spianare la via a quest'esito la sanzione di un milione di euro al giorno decisa in ambito sovranazionale a carico dello Stato polacco per mancata osservanza degli impegni discendenti dalla sua appartenenza all'Unione. Si vedrà comunque dai prossimi sviluppi della vicenda quale piega avrà quest'ultima e quale ne potrà essere l'esito finale.

fondamentali¹² ma persino ad ogni norma della Costituzione stessa¹³. Ed è chiaro che la sistemazione piramidale delle Carte proietta subito la propria immagine sulle Corti che delle stesse sono istituzionalmente garanti, convertendosi e risolvendosi dunque in una subordinazione delle Corti stesse e degli indirizzi giurisprudenziali da esse forgiati. La qual cosa, a tacer d'altro, è in contraddizione con la riconosciuta (da parte dello stesso giudice delle leggi) natura *tipicamente* o – diciamo pure – *materialmente* costituzionale delle Carte dei diritti. Un riconoscimento, questo, che – com'è noto – si è avuto a beneficio della Carta dell'Unione nella discussa (e discutibile) sent. n. 269 del 2017 ma che, francamente, non si vede come possa negarsi anche in capo alle altre Carte, a partire dalla CEDU; e mette a nudo la ancora più grave ed evidente contraddizione tra gli esiti raggiunti dalla giurisprudenza costituzionale al piano della *teoria delle fonti* e quelli cui invece la stessa perviene al piano della *teoria della interpretazione*, al quale ultimo da tempo si ammette (v., part. sent. n. 388 del 1999 e, ora, 84 del 2021¹⁴) che le Carte dei diritti tutte, Costituzione compresa dunque, “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”.

D'altro canto, dalle stesse Carte (e, segnatamente, da quella dell'Unione) si hanno inequivoche indicazioni che testimoniano *per tabulas* la fallacia dell'esito ricostruttivo raggiunto dalla Consulta, tant'è che l'immagine piramidale suddetta è addirittura rovesciata su se stessa nel passaggio dal piano delle fonti a quello della interpretazione, la Carta di Nizza-Strasburgo (fonte di rango costituzionale) richiedendo – come si sa – di essere intesa e fatta valere alla luce di quanto disposto nella CEDU (fonte invece “subcostituzionale”), fatta ad ogni buon conto salva la diversa soluzione in conformità del canone fondamentale della massimizzazione della tutela che, anche per questa via, si conferma essere l'autentica stella polare che orienta l'operatore nel suo non di rado sofferto cammino verso la meta della ottimale soluzione del caso.

Aporie di costruzione, d'altronde, si rinvengono anche negli orientamenti delle Corti europee, con particolare evidenza – a me pare – in quelli di cui si fa portatrice la Corte dell'Unione al piano dei rapporti interordinamentali.

Qui pure, per vero, si rende palese una vocazione eurocentrica che fa da *pendant* a quel nazionalismo costituzionale di cui poc'anzi si diceva. Vi sono, peraltro, delle buone ragioni a suo sostegno, nondimeno espressive di una visione parziale: il principio del primato del diritto sovranazionale sul diritto interno appare infatti essere agli occhi della

¹² Così, infatti, come si sa, per il materiale normativo e giurisprudenziale proveniente dall'Unione europea.

¹³ Così quanto alla CEDU, ambiguamente definita quale fonte “subcostituzionale”, e – a quanto pare – per ogni altra Carta diversa da quella di Nizza-Strasburgo.

¹⁴ Su quest'ultima, v. le note di M. MICHETTI, *Diritto al silenzio e insider trading: il confronto tra Roma e Lussemburgo prosegue sulla via del dialogo* (Corte costituzionale, sentenza n. 84/2021), in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2021, 23 settembre 2021, p. 701 ss.; nella stessa *Rivista*, S. FILIPPI, *Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti: riflessioni a partire da Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84, 3/2021, 5 ottobre 2021, p. 767 ss.*; P. GAMBATESA, *Riflessioni sulla prima occasione di “dialogo” tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 23/2021, 6 ottobre 2021, p. 64 ss., e altri riferimenti *ivi*; T. GUARNIER, *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2/2021, p. 1 ss.

Corte lussemburghese una sorta di *a priori* o di “assoluto” indiscutibile, dal momento che solo per il suo tramite la costruzione europea può portarsi avanti e rendersi sempre più salda. La giurisprudenza dell’Unione ha, dunque, dato e dà senza sosta voce a questo indisponibile bisogno il cui appagamento è condizione stessa della perdurante esistenza dell’Unione e del suo progressivo, ancorché non sempre lineare e comunque sofferto, avanzamento verso la meta della piena integrazione sovranazionale. Eppure anche in ambito eurounitario trova solenne riconoscimento il principio fondamentali di apertura, nella sua forma maggiormente espressiva formulato nell’art. 4.2 TUE. Si aggiunga, poi, il rilievo che la stessa giurisprudenza sovranazionale da tempo – come si sa – assegna alle c.d. “tradizioni costituzionali comuni” che sono cosa comunque diversa dai principi di struttura dei singoli ordinamenti nazionali e che, nondimeno, risultano pur sempre attinte dai serbatoi costituzionali degli Stati e, dopo esser state fatte oggetto di originale rielaborazione in sede di Unione, tornano in ambito interno ed ivi spiegano i loro effetti¹⁵.

Ora, non sarà forse appropriato – come molti rilevano – discorrere al riguardo di una sorta di europeizzazione dei “controlimiti”. Non credo, ad ogni buon conto, che il disposto sopra richiamato imponga alle norme dell’Unione di prestare ossequio *sempre e comunque* ai principi fondamentali dei singoli ordinamenti nazionali. Piuttosto, mi pare

¹⁵ Nutrita – come si sa – la schiera degli studiosi che da varie angolazioni e con esiti teorico-ricostruttivi parimenti vari ha prestato attenzione alle tradizioni in parola: *ex plurimis*, v. L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013; O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero l’incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell’Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D’ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA, Torino, 2015, p. 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D’ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA, Torino, 2016, p. 91 ss.; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, Milano, 2017, p. 1073 ss.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2017, 16 luglio 2017, p. 4 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI, R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017; G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco” tra revirements e questioni irrisolte*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2018, 7 maggio 2018, p. 347 ss.; G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 11/2018, 23 maggio 2018; P. DE PASQUALE, *Rapporti tra le fonti di diritto dell’Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, num. spec., maggio 2019, p. 200 ss.; S. NINATTI, *Dalle tradizioni costituzionali comuni all’identità costituzionale il passo è breve? Riflessioni introduttive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 31/2018, 11 novembre 2019, p. 102 ss.; M. FICHERA, O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 20(8), 2 dicembre 2019, 1097 ss.; V. RUBINO, *La tutela interordinamentale dei diritti fondamentali dopo la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale italiana: quali ricadute nello spazio economico e giuridico europeo?*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1-2/2019, p. 123 ss., spec. p. 134 ss.; F. DE STEFANO, *Diritto dell’Unione europea e tradizioni costituzionali nel dialogo tra le Corti (parte prima)*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 26 maggio 2020; G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2020, 26 ottobre 2020, p. 296 ss., spec. p. 305 ss. Da una prospettiva di più ampio respiro, sulle tradizioni giuridiche si segnala l’accurato studio di L. MEZZETTI, *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Torino, 2020.

che valga qui pure, sullo specifico terreno sul quale maturano le esperienze relative ai diritti fondamentali, lo schema sopra delineato che ha quale sua base portante il “metapincipio” della massimizzazione della tutela. Sta di fatto che la spinta che dal principio del primato viene per l’affermazione del diritto sovranazionale sul diritto interno condiziona fortemente gli orientamenti della giurisprudenza dell’Unione; e se ne capisce la ragione, dal momento che l’ordinamento di quest’ultima, a differenza di quelli degli Stati, non è ad oggi *pleno iure* integrato né per vero è dato sapere se mai e in che forma lo sarà: un obiettivo, questo, che può essere centrato unicamente spianando la via al primato, di certo non frapponendogli ostacoli o limiti di sorta.

3. La “forza normativa” delle Carte sostanzialmente intesa e il difetto di una organica teoria delle Carte linearmente svolta dalla giurisprudenza costituzionale tanto al piano della teoria delle fonti quanto a quello della teoria della interpretazione

La “forza” normativa delle Carte sostanzialmente intesa, vale a dire quale capacità delle stesse di farsi valere nell’esperienza, specie con riguardo alle più complesse e sofferte vicende coinvolgenti i diritti fondamentali, dipende comunque da molte cose; è perciò approssimativo ed anzi, a dirla tutta, inesatto fermarsi alla sola osservazione del “posto” da ciascuna di esse detenuto nel sistema delle fonti, per come è visto ora da questa ed ora da quella Corte. Trattasi, per vero, di una prospettiva d’ispirazione formale-astratta che non consente di cogliere le dinamiche della normazione in tutto lo spessore che le connota e ne segna i più salienti svolgimenti.

Allo scopo di averne subito la riprova, è sufficiente infatti tenere conto del rilievo che va assegnato alla formulazione degli enunciati, in ispecie alla loro maggiore o minore (e tuttavia significativa) apertura strutturale che non di rado ridonda in una mediocre capacità prescrittiva nei riguardi non soltanto degli operatori politico-istituzionali ma persino – per ciò che qui maggiormente importa – degli organi di garanzia (e, tra questi, principalmente dei giudici). Ad un rapido raffronto tra il linguaggio della Costituzione e quello degli altri documenti normativi che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali non si apprezzano, nel complesso, differenze di sostanza di particolare rilievo, al di fuori ovviamente del carattere maggiormente aggiornato che è proprio di quelli venuti alla luce in tempi relativamente recenti, nei quali si fa esplicito riferimento ai nuovi diritti legati alla salvaguardia dell’ambiente e dell’ecosistema o condizionati dallo sviluppo scientifico e tecnologico, dei quali non poteva farsi menzione nelle Carte venute alla luce all’indomani della fine del secondo conflitto mondiale.

Piuttosto, in una particolare considerazione vanno tenuti altri profili, tra i quali quello per cui la Costituzione, a differenza di una Carta esclusivamente dedicata ai diritti, tratta altresì dell’organizzazione e dà quindi voce a principi peculiari di questa ed essi pure dotati di rango fondamentale, a partire da quello della separazione dei poteri o, per dir meglio, della distribuzione ed articolazione della sovranità sia in seno all’apparato

centrale dello Stato che tra centro e periferia (con specifico riguardo a quelle autonomie territoriali minori alle quali fa esplicito riferimento il già richiamato art. 4.2 TUE)¹⁶.

Tutto ciò non è senza conseguenze nei giudizi di costituzionalità, in occasione del cui svolgimento si rende non di rado necessario – come si sa – “bilanciare” i diritti della persona non soltanto *inter se* ma anche con altri beni della vita o interessi costituzionalmente protetti, anche dunque di quelli che fanno capo all’intera collettività e, perciò, agli enti chiamati a farsi cura del pubblico interesse.

Con riguardo al profilo ora in esame, non si dà per vero una sostanziale differenza tra le vicende dei giudizi sulle leggi e quelle dei giudizi davanti alla Corte dell’Unione, dal momento che questa pure è chiamata a farsi carico di interessi riguardanti l’organizzazione dell’ente cui appartiene. La differenza balza invece subito agli occhi per ciò che attiene ai giudizi davanti alla Corte di Strasburgo ed aventi causa nella sospetta violazione della CEDU, che si inscrivono in un quadro positivo composto unicamente dagli enunciati convenzionali relativi ai diritti.

La “forza” normativa, nell’accezione sopra indicata, dipende poi in una non secondaria misura, per un verso, dalle tecniche interpretative applicate ai singoli documenti normativi e, per un altro verso (a questo strettamente legato), dalle tecniche decisorie messe in atto al fine di risolvere le antinomie tra le Carte, con riflessi immediati altresì per le fonti che vi danno il primo e diretto svolgimento. Per l’uno e per l’altro aspetto, è dato registrare nella giurisprudenza non lievi oscillazioni e gravi contraddizioni, con immediati ed evidenti riflessi sulla stabilità della costruzione teorica eretta in tema di rapporti tra le Carte e, in genere, tra gli ordinamenti o sistemi normativi¹⁷ cui esse appartengono.

Il vero è che – come si è fatto notare altrove¹⁸ – sembra far difetto alla Consulta una organica *teoria delle Carte* compiutamente e linearmente svolta e conducente ad un apprezzabile appagamento dei diritti dalle stesse riconosciuti. Il vizio di fondo – come si

¹⁶ Per vero, la teoria costituzionale ad oggi radicata distingue – come si sa – la condizione dello Stato da quella degli enti territoriali minori, diversamente dal primo qualificati come “autonomi” (termine, nondimeno, contrassegnato da opacità e ambiguità concettuale). Non si trascuri, tuttavia, la circostanza per cui, per un verso, lo Stato stesso p, meglio ancora, la Repubblica nel suo insieme non è più titolare in modo esclusivo di sovranità, quanto meno nell’accezione tradizionale del termine, dal momento che quest’ultima trovasi ormai parcellizzata e distribuita tra più centri istituzionali, tra i quali particolare rilievo va ovviamente assegnato all’Unione europea; per un altro verso, poi, alcuni degli enti suddetti (e, segnatamente, quelli regionali) sono dotati di una sfera di competenze delineata in norme costituzionali e, pertanto, garantita davanti alla Corte costituzionale: a conferma, appunto, di quella spartizione tra centro e periferia cui si fa cenno nel testo [su tutto ciò, maggiori ragguagli possono, volendo, vedersi nei miei *Il valore di “unità-autonomia” quale fondamento e limite dei giudizi in via d’azione e della “specializzazione” dell’autonomia regionale (prime notazioni)*, in *Rivista Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2020, 28 settembre 2020, 100 ss., e *Sovranità e autonomia regionale, dal modello costituzionale al tempo dell’emergenza (prime notazioni)*, in *Nuove autonomie* (www.nuoveautonomie.it), 1/2021, 113 ss.].

¹⁷ Ricorro qui pure all’alternativa suddetta, dal momento che essa è presente nella giurisprudenza del 2007 sulla CEDU, su di essa facendosi poggiare l’esclusione della “copertura” da parte dell’art. 11 a beneficio della CEDU stessa.

¹⁸ Rimando su ciò al mio *Il “dialogo” tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente bonne à tout faire*, cit., dal quale possono aversi maggiori ragguagli in merito al pensiero ora enunciato nel testo.

è poc'anzi accennato – sta nel discriminato trattamento alle stesse complessivamente riservato, in contraddizione con la loro natura di documenti che nel dar voce ai diritti hanno appunto la loro comune cifra identificante e distintiva da ogni altro documento normativo privo del carattere *tipicamente* o *materialmente* costituzionale, nell'accezione propria del termine. Se ne ha conferma non soltanto *al piano della teoria delle fonti*, con la già rilevata ordinazione piramidale delle Carte stesse, in maggiore (CEDU) o minore (Carta di Nizza-Strasburgo) misura comunque soggette per sistema alla osservanza della Costituzione, ma – come si passa subito a dire – altresì *al piano della teoria della interpretazione ed a quello delle tecniche decisorie* riguardanti le antinomie in cui le Carte stesse dovessero essere a vario titolo coinvolte.

Singolare, in particolare, appare la differenziata (e da molti giustamente deplorata) condizione in cui vengono a trovarsi le interpretazioni delle Carte suddette rispettivamente somministrate dalla Corte di Strasburgo e da quella di Lussemburgo, non in tutto rispettosa della premessa dallo stesso giudice costituzionale condivisa secondo cui le Carte in parola vanno intese e fatte valere così come le intendono le Corti europee che ne sono istituzionalmente garanti. Francamente non si capisce perché mai – a dire di Corte cost. n. 49 del 2015 e succ. – solo le decisioni della prima Corte che si compongano in indirizzi “consolidati” ovvero che si presentino quali pronunzie-pilota sarebbero vincolanti per gli operatori di diritto interno che possono sottrarsi all'obbligo della loro osservanza unicamente denunciando la violazione della Costituzione da parte della norma convenzionale “vivente”. Difettando invece il suddetto carattere del “consolidamento” (il cui riscontro, peraltro, crea un mucchio di problemi di non agevole soluzione), il giudice e l'operatore in genere sarebbe abilitato a discostarsi dalle letture della Convenzione prospettate dalla Corte europea, tentando in tal modo di dar vita ad una interpretazione conforme a Costituzione. È chiaro che la deviazione dal solco tracciato a Strasburgo non può aversi a capriccio ma unicamente laddove sia incombente il rischio di far luogo ad un'applicazione di norma convenzionale incompatibile con la nostra legge fondamentale. Forse, però, sarebbe preferibile fare una buona volta chiarezza e – fermo, *in ogni caso*, il vincolo dell'adesione all'interpretazione somministrata dalla Corte europea – sarebbe opportuno investire la Consulta del dubbio di costituzionalità in parola. Avere, invece, preferito scaricare, in prima battuta, l'onere di porre in essere il tentativo di conciliazione delle Carte sulle spalle del giudice comune spiana – com'è chiaro – la via ad esiti plurimi ed imprevedibili, con l'effetto che la Convenzione, così come intesa dalla Corte europea, potrebbe essere caricata di significati anche sensibilmente diversi nelle aule in cui si amministra la giustizia comune. Ciò che, poi, più conta è che – a seguire l'indicazione data dalla 49 del 2015 (e succ.) – viene fatalmente ad essere fatto a pezzi il meccanismo predisposto al fine di dare seguito lineare e coerente alle decisioni della Corte europea in ambito interno, senza peraltro che si dia alcun appiglio normativo che giustifichi la messa in atto della originale soluzione pensata dalla Consulta.

Lo scarto rispetto alla condizione che è propria della Carta dell'Unione, nelle letture che ne dà la Corte di giustizia, appare dunque vistoso e non occorre qui spendere parola alcuna per evidenziarlo, sol che si pensi che ogni pronunzia della Corte stessa – si

componga, o no, in indirizzi in senso proprio¹⁹ – è stringente per gli operatori di diritto interno, a ciascuna di esse riconoscendosi la natura di fonte del diritto di rango “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*.

Il nostro tribunale costituzionale, poi, parrebbe non avvedersi della stranezza costituita dal fatto che una stessa pronunzia della Corte europea fintantoché non intervengano analoghe decisioni che la “consolidino” sarebbe incapace di produrre alcun vincolo interpretativo per gli operatori nazionali, dimostrandosi invece dotata di siffatta *vis* prescrittiva solo *ex post*²⁰, quando però è... *troppo tardi* ed ormai la deviazione dalle indicazioni date dalla Corte stessa si è consumata. È vero che, ricorrendone le condizioni, si potrebbe richiedere la revisione del processo, come pure è da mettere in conto l'eventuale ricorso alla stessa Corte europea; non è, ad ogni buon conto, chi non veda quanto siano tortuosi, incerti e dispendiosi questi itinerari, laddove la via più piana – come si è venuti dicendo – è quella della scrupolosa osservanza dei verdetti emessi dal giudice europeo.

4. L'indebita differenza di trattamento riservata alle Carte per l'aspetto delle tecniche decisorie poste in atto in sede di risoluzione delle antinomie insorgenti tra le stesse (con specifico riguardo all'applicazione diretta, per un verso, ed al sindacato accentratore di costituzionalità, per un altro, così come intesi e fatti valere dalla giurisprudenza costituzionale)

Vistosa è, poi, la differenza di trattamento riservata alle Carte per l'aspetto delle tecniche decisorie messe in atto in sede di risoluzione delle antinomie. Qui, anzi, la differenza si ha altresì nei riguardi di una stessa Carta (e, segnatamente, di quella dell'Unione) che può trovarsi coinvolta in vicende processuali suscettibili di imboccare vie diverse, conducenti pertanto ad esiti parimenti diversi e – ciò che più importa – comunque non in tutto appaganti per i diritti.

Ora, non intendo qui riprendere questioni ampiamente discusse, tanto più che le risposte ad oggi date dalla giurisprudenza costituzionale sembrano esibire un nucleo concettuale dotato di una sia pur relativa stabilità, per quanto – com'è chiaro – si presentino bisognose di essere ulteriormente messe a punto in ragione del complessivo modo di essere dei casi, specie laddove dovessero venire alla luce esigenze ad oggi imprevedute.

Mi limito solo a far notare, con specifico riguardo alla CEDU, che non è del tutto vero ciò che dice la Corte costituzionale in merito alla impraticabilità del meccanismo della sua applicazione diretta in vece della norma interna con essa incompatibile, dovendo

¹⁹ La stessa loro qualifica come “consolidati” ai miei occhi appare infatti come ridondante, ma non insisto su queste sottigliezze di linguaggio.

²⁰ Traggo questo rilievo da A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in *Ordine internazionale e diritti umani* (www.rivistaoidu.net), 1/2019, 15 marzo 2019, p. 86 ss., spec. p. 93.

il giudice comunque investire della relativa questione la Corte stessa. In realtà, come si è fatto notare in altri luoghi, si danno taluni casi al ricorrere dei quali il meccanismo in parola può ugualmente essere azionato, talvolta persino senza che se ne abbia piena avvertenza. Così, ad es., laddove si faccia applicazione diretta di norma eurounitaria sostanzialmente coincidente con norma convenzionale: una eventualità di non raro riscontro, specie ove si consideri che la stessa Carta di Nizza-Strasburgo richiede – come si è qui pure rammentato – di essere intesa alla luce della CEDU, salva diversa indicazione alla luce del canone della massimizzazione della tutela. Non si trascuri, poi, che se, per un verso, in astratto, la Convenzione può costituire oggetto di un giudizio di costituzionalità (ovviamente, per il tramite della legge di esecuzione), per un altro verso, come la stessa giurisprudenza ammette, è chiamata a fare tutt’uno con la Costituzione (e le altre Carte dei diritti), tutte essendo sollecitate ad integrarsi reciprocamente (e *paritariamente*) nella interpretazione.

Le notazioni appena svolte possono – a ben vedere – valere anche per la Carta dell’Unione, ferma restando la già rilevata soggezione della stessa unicamente alla osservanza dei “controlimiti”, tanto più poi a stare alle indicazioni date dalla Consulta in punto di “doppia pregiudizialità”, in relazione alla quale il giudice costituzionale non cela la propria spiccata preferenza per essere prioritariamente investito rispetto all’eventuale interpello della Corte dell’Unione²¹.

Ancora una volta, non torno qui a ripetere riserve e critiche che mi sono sforzato altrove di rappresentare a riguardo del pensiero della Corte che giudico essere complesso e, con ogni verosimiglianza, sofferto. Mi limito solo a far notare che la soluzione “bifronte”, come il Giano mitologico, che dà modo al giudice comune di volgere lo sguardo ora verso l’una ed ora verso l’altra Corte, comporta la messa in atto di tecniche decisorie reciprocamente divaricate, con evidenti riflessi per la Carta suddetta e, dunque, per i diritti dalla stessa riconosciuti.

Trovo, poi, singolare che si ammetta l’eventuale utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale (preferibilmente) in seconda battuta, ciò che equivale per il giudice comune che se ne avvalga ad una confessione di dubbio circa il retto significato del disposto eurounitario e/o la compatibilità della norma interna con la norma sovranazionale, un dubbio che però non dovrebbe consentire allo stesso giudice di prospettare dapprima la questione di costituzionalità, dal momento che presupposto della stessa è l’acclarata sussistenza di una “doppia pregiudizialità”. Né varrebbe opporre che l’interpello della Corte dell’Unione può sempre esser fatto dal tribunale costituzionale, nella sua qualità di giurisdizione nazionale – sia pure *sui generis* – di ultima istanza²², vuoi perché nessuna certezza si ha in tal senso, vuoi ancora per il fatto che, quando pure si abbia, comunque si avrebbe un differimento temporale, a volte considerevole, nella messa in atto dello

²¹ Le tappe più salienti della giurisprudenza costituzionale sulla vessata questione sono ora ripercorse da A. AMATO, *Disapplicazione giudiziale della legge e Carta di Nizza. Profili costituzionali*, Napoli, 2021, spec. 150 ss.

²² V., ora, la messa a punto dei criteri *Cilfit* che è in Corte giust., 6 ottobre 2021, in causa C-561/19, fatta oggetto di numerosi commenti.

strumento del rinvio pregiudiziale, laddove lo stesso potrebbe subito essere azionato dal giudice comune. Anche per l'aspetto da ultimo considerato, se ne ha che, a voler accordare la precedenza alla questione di costituzionalità così come preferito dalla Corte, sarebbe comunque indispensabile prevedere, con opportuna disciplina normativa, che le questioni "complesse", di "eurounarietà-costituzionalità", dispongano di una corsia preferenziale presso la Consulta, in modo da accorciare fin dove possibile la distanza, che nondimeno pur sempre si ha, tra le procedure proprie del meccanismo dell'applicazione diretta e quelle del meccanismo accentrato di costituzionalità idonee, se del caso, a sfociare nell'annullamento della fonte interna incompatibile con il diritto sovranazionale²³.

Ciò posto, convengo che la soluzione da me altrove patrocinata, favorevole a tenere ferma la precedenza della pregiudiziale eurounitaria rispetto a quella costituzionale²⁴, esponga il fianco al rilievo critico, dallo stesso giudice delle leggi affacciato, della mancata definizione della controversia con effetti *erga omnes*. Nessun dubbio, infatti, che per il tramite del giudizio di costituzionalità possa assistersi alla caducazione una volta per tutte ed in ogni sede della norma interna contraria al diritto dell'Unione²⁵.

Il punto è, però, che, per un verso, questo rilievo prova troppo; e, portato fino alle sue ultime e lineari conseguenze, suonerebbe contestazione del meccanismo dell'applicazione diretta in generale predisposto per la risoluzione delle antinomie riguardanti norme dell'Unione *self-executing*. Per un altro verso, poi, ove risulti provata siffatta attitudine della norma della Carta di Nizza-Strasburgo e/o di altra norma sovranazionale ad essa "connessa", non si vede in forza di quale disposto normativo si possa derogare alla indicazione di ordine generale contenuta nel Trattato e che, appunto, impone la messa in atto del meccanismo in parola. Dal punto di vista del Trattato, infatti, non è dato poter operare distinzione alcuna tra norme tutte idonee ad essere portate ad immediata applicazione, in ragione della rilevata natura *materialmente* costituzionale della fonte che le contiene. Quand'anche, poi, a quest'ultimo dato dovesse darsi peso, non si capisce come sia possibile estendere il relativo regime altresì a norme di fonti certamente non costituzionali *quoad substantiam*, sol perché "attuative" della Carta dell'Unione. È evidente, dunque, come, procedendo ulteriormente lungo questa via, si abbia una graduale erosione, peraltro imprevedibile per estensione ed effetti, dell'area materiale coperta dal meccanismo suddetto che – non si dimentichi – è indispensabile per

²³ Ho affacciato questa proposta nel mio *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounarietà"*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2019, 20 settembre 2019, p. 474 ss.

²⁴ Com'è chiaro, è nondimeno pur sempre fatto salvo il caso che della prima possa farsi a meno, essendo certo il significato del disposto sovranazionale.

²⁵ ... così come però, in astratto, alla conversione della norma sovranazionale assunta a parametro in oggetto, ove la Consulta dovesse sollevare davanti a se stessa il dubbio circa la sua conformità a Costituzione: una evenienza, questa, pur tuttavia di assai remoto riscontro con riguardo alle norme della Carta di Nizza-Strasburgo, vuoi per il carattere ristretto del parametro ai soli "controlimiti" e vuoi a motivo della formidabile apertura semantica della struttura degli enunciati espressivi delle norme stesse, non improbabile invece quanto ai disposti delle fonti alla Carta suddetta *quodammodo* "connesse".

l'affermazione del primato del diritto eurounitario e, per ciò stesso, si presenta quale il cuore pulsante della costituzione materiale dell'Unione *in progress*.

V'è di più. La soluzione patrocinata dalla Consulta, specie dopo le precisazioni apportate alla 269 del 2017 con le pronunzie del 2019, in buona sostanza, rimette per intero – come si sa – all'operatore di turno la scelta della via da imboccare in prima battuta: in prima e, a volte, in realtà, in unica battuta, dal momento che, chiamata in campo dapprima la Consulta, ove quest'ultima dovesse caducare la norma interna, non vi sarebbe più motivo del successivo interpello del giudice dell'Unione, così come, di rovescio, chiamato in campo per primo quest'ultimo, potrebbe rendersi indispensabile far subito luogo all'applicazione diretta della norma sovranazionale in vece di quella interna, senza che sia quindi possibile, *de iure condito*, investire anche la Consulta della questione di validità di una norma interna ormai privata di effetti nel giudizio comune.

Ora, è vero che una sensibile dottrina ha prodotto uno sforzo considerevole nell'intento di definire un "modello" teorico in ordine all'ordine cronologico di esercizio delle due pregiudizialità, in ispecie ancorandolo al carattere discrezionale o meno dell'attuazione normativa nei riguardi della norma sovranazionale²⁶. Il punto è, però, che, ancora una volta, esso non è sorretto da alcuna indicazione positiva; e non credo che si possa tacciare il giudice comune che non vi si conformi di aver dato vita ad una decisione giuridicamente viziata: sarà, forse, inopportuna ma non appunto invalida.

Se ne ha che le tecniche decisorie dell'applicazione diretta e del sindacato accentrato di costituzionalità dipendono da libere ed insindacabili opzioni del singolo operatore di giustizia che, persino in due casi analoghi trattati uno dietro l'altro nel tempo, potrebbe determinarsi diversamente, con esiti di tutta evidenza che non occorre ora nuovamente esplicitare.

Il vero è che se, come si diceva, la soluzione nella quale mi riconosco può apparire non in tutto appagante, non lo è – si convenga – neppure quella della Consulta che non dà modo al meccanismo dell'applicazione diretta, predisposto sin dalla istituzione delle Comunità europee ed ancora oggi in vigore, di potersi spiegare in casi – si faceva poc' anzi notare – peraltro imprevedibili.

È interessante notare che la soluzione aperta e flessibile fatta propria dalla Corte con le pronunzie del 2019 (e, a mia opinione, peraltro – checché ne dica la dottrina corrente – non impedita dalla 269 del 2017²⁷) presenta significative assonanze con una

²⁶ V., part., A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 13 marzo 2020 e in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 1/2020, p. 13 ss., e F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2020, 29 aprile 2020, p. 104 ss.

²⁷ Come si sa, si dà per scontato che la 269 avrebbe stabilito la obbligatoria precedenza della questione di costituzionalità rispetto all'esercizio del rinvio pregiudiziale; pur avendo riletto innumeri volte la pronunzia in parola, confesso di non vedere alcun riferimento testuale che avvalori la *communis opinio*, nondimeno ormai superata dalle aperture fatte dalle pronunzie del 2019.

(provocatoria...²⁸) indicazione teorica prospettata in via generale da R. Romboli con riguardo ai modi di apertura dei giudizi davanti alla Corte.

Il congegno è noto e non occorre qui darne un'analitica rappresentazione. È sufficiente rammentare che toccherebbe di volta in volta al giudice comune optare per la soluzione dell'applicazione diretta della Costituzione ovvero per il ricorso alla Consulta. È chiaro che il giudice può aggrapparsi al primo corno dell'alternativa unicamente se certo della incostituzionalità della legge (cosa, peraltro, che non poche volte – come si sa – traspare dalle questioni presentate alla Consulta stessa); ed è parimenti chiaro che è questa una soluzione praticabile unicamente se la norma-parametro è, in sé e per sé, suscettibile di essere portata ad immediata applicazione. L'esperienza, però, c'insegna che così molte volte non è, tant'è che a seguito del verdetto ablativo emesso dalla Corte il giudice ricerca nel tessuto legislativo di risulta la norma buona per il caso.

Ora, a me pare che anche il modello finemente argomentato da R. possa risultare non in tutto appagante, esattamente per le stesse ragioni sopra esposte sul punto della “doppia pregiudizialità”.

Ad ogni buon conto, anche il modello stesso richiede, al fine di essere impiantato, una significativa modifica della disciplina in tema di accesso ai giudizi di costituzionalità. Se, però, così stanno le cose, tanto varrebbe allora andare ancora oltre, ulteriormente affinando il meccanismo in atto vigente, facendo luogo all'eventuale cumulo dei rimedi. È una soluzione, questa, altrove affacciata con specifico riguardo ai casi di “doppia pregiudizialità”²⁹, che mi parrebbe essere ancora più idonea ad appagare le esigenze dei protagonisti delle vicende processuali in parola e – ciò che più importa – a mettere la Costituzione al riparo dal rischio della sua eventuale violazione. Si dovrebbe, pertanto, dar modo al giudice di far subito luogo alla disapplicazione della norma interna,

²⁸ ... secondo la qualifica ancora di recente datane da due allievi di R., E. MALFATTI e G. CAMPANELLI (v., della prima, *La tendenza ad un nuovo accentramento*, cit., p. 265, e, del secondo, *Ripensando i modelli di protezione dei diritti fondamentali: le dinamiche di un sistema duale tra giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale*, cit., p. 284).

²⁹ ... nel mio *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2018, 23 marzo 2018, p. 155 ss. Sulla proposta in parola si è quindi intrattenuto R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po') in dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2019, 26 novembre 2019, spec. p. 655, e, nella stessa *Rivista*, se ne torna a dire nel mio *Caro Roberto, provo a risponderti sulla “doppia pregiudizialità” (così mi distraigo un po' anch'io...)*, 3/2019, 9 dicembre 2019, p. 678 ss., spec. p. 682 ss. Variamente sul punto, v., poi, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 10/2019, 22 maggio 2019, § 7; nella stessa *Rivista*, N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, 13/2019, 10 luglio 2019, p. 6, in nt. 9; A.M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controllimiti*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2/2019, 16 luglio 2019, p. 18 s.; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2019, p. 25 ss.; nella stessa *Rivista*, M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*; A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 3/2019, p. 1417 ss., e, nella stessa *Rivista*, G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, 1428 ss., nonché in *Oss. AIC* (www.osservatorioaic.it), 6/2019, 5 novembre 2019.

accompagnata dall'applicazione di altra norma di legge o, se del caso, di norma desunta dalla Costituzione e, allo stesso tempo, di investire la Consulta della relativa questione di costituzionalità. È chiaro che inconvenienti possono ugualmente aversi, segnatamente per il caso che poi la Consulta rigetti la questione stessa; non si trascuri, però, che, per lo stesso modello di R. e così pure per la proposta da me affacciata, nulla esclude che, a fronte di un giudice che si avvalga della tecnica dell'applicazione diretta, ve ne sia un altro o altri che invece si orientino per sollevare il dubbio di costituzionalità davanti alla Consulta, con conseguenti esiti se del caso divergenti. Ad ogni buon conto, la eventualità della successiva smentita da parte del giudice costituzionale nei riguardi del verdetto emesso dal giudice comune, pur sempre da mettere in conto, non dovrebbe tuttavia aversi con riguardo alle questioni "complesse", le sole qui specificamente rilevanti, per il caso che – così come da me patrocinato – il giudice si premuri dapprima d'interpellare la Corte dell'Unione e prospetti dunque la questione di costituzionalità, in relazione alla violazione della fonte sovranazionale, unicamente laddove l'antinomia risulti acclarata dalla Corte stessa, al cui verdetto il giudice costituzionale è quindi tenuto a conformarsi, salva la sempre possibile attivazione dei "controlimiti". È poi chiaro che il giudice comune può sempre porre una questione "semplice", di mera incostituzionalità, pur laddove dunque la pronuncia emessa a Lussemburgo dietro rinvio pregiudiziale dovesse escludere la incisione della fonte sovranazionale.

D'altro canto, il cumulo in parola, per come io lo vedo, non sarebbe comunque imposto, restando riservata al giudice nazionale la possibilità di farvi luogo; e il giudice stesso, per sua cautela, potrebbe determinarsi in tal senso unicamente laddove il vizio che inficia la norma interna gli appaia essere particolarmente evidente.

Va inoltre evidenziato che il meccanismo "duale" immaginato da R., così come la soluzione "aperta" e flessibile della Corte costituzionale in tema di "doppia pregiudizialità", comporta una rilevante valorizzazione del ruolo del giudice comune e, perciò, in qualche modo compensa il ruolo particolarmente accresciuto della Corte stessa, del quale si hanno tracce sempre più numerose e marcate (penso soprattutto alla invenzione di tecniche decisorie particolarmente incisive, quale quella della pronuncia in due tempi inaugurata in *Cappato*, e, più ancora, al sostanziale svilimento e talvolta al vero e proprio accantonamento del limite della "rime obbligate"³⁰, con conseguente alterazione

³⁰ Il passaggio ai "versi sciolti" è stato rilevato da una sensibile dottrina (D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020, spec. p. 101 ss.). Di un "progressivo commiato dal teorema delle 'rime obbligate'" ha poi, non molto tempo addietro, discorso un autorevole studioso e giudice costituzionale, F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, p. 101 ss., spec. p. 115. Della discrezionalità del legislatore, tra i molti altri, trattano A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2019, 26 novembre 2019, p. 154 ss.; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cap. II degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Torino, 2020, p. 104 ss.; D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Oss. AIC* (www.osservatorioaic.it), 6/2020, 3 novembre 2020; L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli, 2020, p. 114 ss., e D. BELVEDERE, *Discrezionalità legislativa e tutela dei diritti fondamentali: gli strumenti "processuali" della Corte e il difficile equilibrio tra gubernaculum e iurisdictio*, in *Scritti in*

del pur precario equilibrio in cui stanno, e devono stare, le due “anime”, politica e giurisdizionale, che convivono in seno alla Corte³¹, agevolata peraltro dalla sovraesposizione mediatica del giudice costituzionale che, poi, per la sua parte trae costante alimento dal rapporto viepiù fitto e intenso che lo stesso intrattiene con la pubblica opinione³²).

Accenno, al riguardo, di passaggio ad una ulteriore innovazione, sulla quale pure R. si è intrattenuto più volte³³, con riferimento alla eventuale introduzione di un meccanismo

onore di A. Ruggeri, I, Napoli, 2021, 297 ss. Segnala, da ultimo, talune significative assonanze tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia nella messa in atto di tecniche decisorie a carattere manipolativo F. TORRE, *La prima volta non si scorda mai: le sentenze “additive di prestazione” approdano a Lussemburgo (a margine della decisione della Corte di Giustizia nel caso Cresco Investigation)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2021, 28 ottobre 2021, spec. p. 862 s.

³¹ Sulle due componenti in parola e sulla tendenza sempre più vistosa alla prevalenza e vera e propria sopraffazione della prima sulla seconda la letteratura si fa sempre più copiosa: tra gli altri, v. C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bologna 2012; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 2017; G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino, 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, p. 123 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, p. 251 ss. (sul cui pensiero, criticamente, R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, p. 757 ss. e, nella stessa Rivista, E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, 777 ss.), e, dello stesso A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, p. 170 ss. Inoltre, R. DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”. The final cut*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2020, 7 gennaio 2020, p. 1 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2020, 23 ottobre 2020, p. 282 ss.; AA.VV., *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, a cura di C. PADULA, Napoli, 2020. V., infine, i contributi al VI Congresso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Homenaje al Prof. Roberto Romboli, organizzato dal Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJUS), 8-10 ottobre 2020. Evidente è il collegamento tra la tendenza alla marcata politicizzazione dei giudizi di costituzionalità e le ripetute, sensibili deviazioni della Consulta dalle regole sul processo su cui R. ROMBOLI si è soffermato in molti luoghi, tra i quali *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli, 2011, p. 2995 ss.; *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, p. 607 ss., e *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, cit., p. 10 ss.

³² Si pensi solo alle visite alle carceri o alle scuole, ai comunicati stampa e ad altro ancora di cui rende testimonianza il sito *web* della Corte. Mi si consenta qui di osservare che le visite stesse nulla aggiungono alle conoscenze che la Corte può acquisire avvalendosi dei poteri istruttori di cui dispone e che i comunicati in parola, resi *prima* che le pronunzie siano redatte, possono spianare la via a modifiche anche non marginali della stesura di queste ultime che tengano conto delle reazioni avutesi tra le forze politiche e la pubblica opinione ai comunicati stessi.

³³ Dei problemi dell'accesso al sindacato di costituzionalità la Scuola pisana ha specificamente trattato nel corposo volume, dal titolo *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. ROMBOLI, Napoli, 2006.

di ricorso diretto, del quale non mi nascondo i possibili vantaggi ma anche gli svantaggi, tra i quali ultimi v'è proprio quello di incidere sulla natura stessa della Corte e dei suoi giudizi, con conseguente loro grave alterazione.

Per un verso, infatti, potrebbe aversene un'ulteriore spinta per una marcata sottolineatura della politicità del sindacato (la qual cosa si rende particolarmente vistosa, in ispecie, con riguardo ai ricorsi delle minoranze parlamentari che spianano la via alla pressoché sicura strumentalizzazione dei verdetti emessi dal tribunale costituzionale, quale che ne sia il segno, da parte ora di questa ed ora di quella formazione politica³⁴). Per un altro verso, poi, il sindacato si avrebbe – come dire? – *in vitro*, e non *in vivo*, non risultando impressionato dalle esigenze dell'applicazione e, dunque, dal “fatto”, così come si ha con i giudizi in via incidentale. Considero soprattutto quest'ultimo un mutamento sostanziale sul quale sarebbe opportuno un supplemento di attenta riflessione e di cauta attesa prima di dar vita ad iniziative politico-legislative della cui messa in atto ci si potrebbe poi amaramente pentire.

Non si trascuri, infine, che, alla luce delle novità registratesi nella più recente giurisprudenza, ad alcune delle quali si è sopra accennato, in ispecie a quella del sostanziale abbandono nel corso di talune vicende processuali del limite delle “rime obbligate”, il bisogno di allargare i canali di accesso alla Corte si avverte oggi in minore misura rispetto anche ad un non remoto passato, sol che si pensi che il soggetto che punta ad investire la Corte di una questione di costituzionalità è consapevole che il giudice al quale si rivolgerà verosimilmente sarà indotto in non poche occasioni a dar seguito alla sollecitazione ricevuta sollevando questioni che un tempo non avrebbe presentato e confidando nel loro accoglimento da parte di una Corte particolarmente sensibile alle aspettative di appagamento dei diritti costituzionalmente protetti, al punto di anteporre ad esse la scrupolosa osservanza dei canoni relativi al processo costituzionale³⁵.

Si tenga da ultimo conto di un dato. Il meccanismo di ricorso diretto – come testimoniano le esperienze maturate negli ordinamenti che lo conoscono – è naturalmente soggetto a filtri più o meno stringenti di ammissibilità che invece non conosce l'attuale meccanismo in via incidentale, così come rimesso a punto nel corso dei più recenti sviluppi del giudizio sulle leggi. Ed è allora da chiedersi se, ammesso pure che un domani si abbia la previsione del ricorso suddetto, convenga di più al singolo avvalersene o battere la via incidentale.

³⁴ Una eventualità, questa, assai temibile in una democrazia, quale la nostra, connotata da un sistema politico attraversato da permanenti tensioni e vistose contraddizioni, segnata a fondo da un nazionalismo becero ed aggressivo che ha larga presa in fasce viepiù estese del corpo sociale, lucrando sulle strutturali carenze culturali ed operative delle forze politiche che dovrebbero contrastarlo.

³⁵ In realtà, come si è tentato di argomentare in altri luoghi, nessuna tutela dei diritti può essere apprestata al di fuori (o, diciamo pure, contro) i canoni suddetti, per la elementare ragione che in uno Stato di diritto costituzionale nessuna attività dei pubblici poteri (in ispecie, poi, dei massimi garanti del sistema...) può prendere forma in modo sregolato. D'altronde, l'insegnamento, oggi attuale come ieri, che ci viene dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 è che il riconoscimento (e, perciò, l'effettiva tutela) dei diritti fondamentali fa tutt'uno con la separazione dei poteri, l'autentico scudo protettivo eretto a garanzia dei diritti stessi. Ed è chiaro che un giudice che ritenga di poter innovare ai testi di legge senza prestare più rispetto per il limite delle “rime obbligate” non si renderebbe più distinguibile da un operatore politico *tout court*, rinnegando dunque se stesso e il *munus* costituzionalmente assegnatogli.

Forse, non sarebbe male una disincantata e non preorientata riflessione supplementare sul punto.

5. Una succinta notazione finale, con specifica attenzione alla sovente non vigilata espansione del ruolo dei giudici ed alla sua conseguente, incontrollata iperpoliticizzazione

Questa riflessione non ha, e non può avere, una conclusione. La impedisce la fluidità e mobilità delle relazioni tra le Corti, in ispecie la loro apertura e plurimi ed imprevedibili esiti, della quale si hanno ripetute e convergenti testimonianze, secondo quanto ha da ultimo mostrato la vicenda della “doppia pregiudizialità” suscettibile di produrre effetti diversi a seconda della via intrapresa per prima dagli operatori di giustizia. Discorrere al riguardo di un “modello” aperto e flessibile equivale nei fatti a nessun “modello”, essendo rimessa all’apprezzamento del singolo giudice la scelta ritenuta maggiormente opportuna in relazione alle complessive esigenze del caso.

In questo scenario, suona un azzardo affacciare, sia pure con la massima cautela, previsioni circa i possibili sviluppi delle relazioni suddette, a tutto campo, avuto cioè riguardo sia a quelle che si intrattengono tra le Corti europee *inter se*, il cui esame non è stato qui sollecitato e, comunque, per ragioni di spazio non avrebbe potuto trovare svolgimento, sia a quelle che si hanno tra ciascuna di esse e i giudici nazionali, sia infine a quelle che si hanno tra questi ultimi (in ispecie, tra i giudici comuni e la Corte costituzionale).

Si dispone tuttavia di alcune “spie” – se così vogliamo chiamarle – che, opportunamente riconsiderate in studi a venire, possono proiettare un po’ di luce in un contesto nondimeno gravato da una fitta penombra.

La prima è che appare sempre più marcato e sollecitato a crescente espansione il ruolo dei giudici, di *tutti* i giudici. Emblematiche appaiono, ancora una volta, essere al riguardo le esperienze maturate in tema di “doppia pregiudizialità”. Per la verità, non disponiamo – che io sappia – di studi in grado di confermare che la preferenza manifestata dalla Consulta per essere interpellata per prima trovi effettivo riscontro nelle più salienti pratiche giurisprudenziali, dal momento che se, per un verso, conosciamo tutti i casi di questioni di costituzionalità sollevate, non abbiamo però dati sicuri in merito ai rinvii pregiudiziali effettuati dagli stessi giudici cui si deve la presentazione delle questioni stesse, senza peraltro tener conto della ignoranza in cui versiamo in merito alle altre questioni rigettate dai giudici comuni, “semplici” o “complesse” (nel senso sopra precisato) che siano.

Sta di fatto che – come si è tentato di mostrare – v’è comunque bisogno di innovazioni, ora più ed ora meno corpose, alla disciplina normativa riguardante i giudizi di costituzionalità. E non è senza significato il fatto che, al di là dei diversi ordini teorico-ricostruttivi in cui ciascuno di noi si riconosce, si abbia al riguardo una sensibile convergenza del punto di vista mio e di R.

Le relazioni alle quali qui, per taluni aspetti, si è nuovamente prestata attenzione ci consegnano un dato, peraltro ampiamente avvalorato da plurime esperienze di rilievo costituzionale, secondo cui parrebbe essere inarrestabile il *trend* volto alla espansione, a mia opinione sovente non adeguatamente vigilata, del ruolo dei giudici, quale che ne sia la natura e le funzioni esercitate come pure il contesto istituzionale nel quale queste ultime prendono forma.

Ancora una volta, la giurisprudenza costituzionale si offre quale laboratorio di sperimentazione delle più rilevanti innovazioni istituzionali, rendendo plurime e significative testimonianze in tal senso.

Il punto è però che – come si è qui pure fatto notare – la crescita del ruolo suddetto si accompagna ad una marcata sottolineatura della sua connotazione politica, a discapito del carattere giurisdizionale del *munus* esercitato dagli operatori di giustizia.

Sappiamo tutti bene quali sono le cause (o concause) che spingono verso quest'esito, tra le quali primeggiano le annose e vistose carenze che affliggono le sedi della rappresentanza politica e che parrebbero essere ormai pervenute ad un punto di non ritorno.

Non è di qui, ovviamente, ragionare sui modi con cui tentare di contenere la deriva ormai avanzata in corso, ciò che porterebbe la riflessione qui svolta troppo oltre la soglia davanti alla quale deve arrestarsi. Poiché, però, tutto si tiene, è evidente che a poco e forse a nulla possono giovare pur mirati ed incisivi interventi nel campo della giurisdizione, in ciascuna delle sue espressioni ed in tutte assieme, laddove dovessero perdurare guasti assai gravi presenti in altri punti della trama istituzionale e, ancora più a fondo, in seno al tessuto sociale³⁶, per la cui rimozione o per il cui contenimento dovrebbe farsi luogo ad una complessiva rigenerazione culturale della società stessa³⁷, la sola quindi idonea a riflettere i suoi benefici effetti al piano dell'apparato, negli organi della direzione politica come pure in quelli di garanzia.

Certo si è, in conclusione, che nuove e buone regole, riguardanti la giurisdizione così come gli altri pubblici poteri, non possono centrare l'obiettivo avuto di mira laddove non sorrette e costantemente ispirate dal soffio vitale del dovere di fedeltà alla Repubblica, nel suo fare tutt'uno con il dovere di solidarietà, intimamente avvertito e costruttivamente praticato a tutto campo: dei componenti il gruppo sociale nei loro reciproci rapporti come pure verso le istituzioni e di queste ultime tanto nei riguardi dei primi quanto *inter se*³⁸.

³⁶ Non a caso, una sensibile dottrina ha avvertito che la crisi è, in primo luogo, del rappresentato e quindi del rappresentante (M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. ZANON, F. BIONDI, Milano 2001, p. 109 ss.).

³⁷ Sul bisogno di una palingenesi culturale dell'intera società, v., inoltre, la densa riflessione di uno storico accreditato, A. CORBINO, *La democrazia divenuta problema. Città, cittadini e governo nelle pratiche del nostro tempo*, Roma, 2020; se si vuole, può inoltre vedersi anche il mio *La democrazia: una risorsa preziosa e imperdibile ma anche un problema di ardua ed impegnativa soluzione*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 6 marzo 2021, p. 325 ss.

³⁸ Sulla fedeltà alla Repubblica, v., almeno, dopo i noti studi di G. LOMBARDI e L. VENTURA, le riflessioni di A. MORELLI, che ne ha ripetutamente trattato (in forma organica, nel suo *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013). Quanto, poi, al dovere di solidarietà, riferimenti possono ora aversi da A. MAZZOLA, *Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale*, in *Consulta OnLine*

D'altro canto, può considerarsi ormai provato che *regole e regolarità* hanno bisogno di darsi mutuo soccorso ed alimento, senza di che non può aversi né un fisiologico svolgimento delle relazioni istituzionali né – per ciò che più importa – una efficace, complessivamente appagante, salvaguardia dei diritti fondamentali e, con essi, l'affermazione e la integra trasmissione nel tempo della Costituzione e dello Stato che ne porta il nome.

ABSTRACT: Lo scritto evidenzia le aporie di costruzione teorica esibite tanto dagli orientamenti giurisprudenziali delle Corti europee quanto da quelli delle Corti nazionali sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali; in specie, mette in luce la mancanza di una organica *teoria delle Carte* da parte della Corte costituzionale. Rileva quindi l'ingiustificata diversità di trattamento riservata alle Carte stesse sia al piano della teoria delle fonti e sia pure a quello della teoria dell'interpretazione, nonché per l'aspetto delle tecniche decisorie messe in atto in sede di risoluzione delle antinomie tra le Carte in parola; e prefigura talune modifiche da apportare ai canoni che stanno a base dei processi, al fine di rimediare ad alcuni inconvenienti fin qui registratisi. Chiude lo studio una succinta notazione finale con riguardo alla sovraesposizione dei giudici ed alla loro iperpoliticizzazione.

KEYWORDS: rapporti tra Corti europee e Corti nazionali; tecniche interpretative; tecniche decisorie; modifiche della disciplina relativa ai processi; ruolo marcatamente politico dei giudici.

(www.giurcost.org), 2/2021, 22 luglio 2021, p. 572 ss., spec. p. 585 ss. Per il suo rilievo nella dimensione internazionale e sovranazionale, *ex plurimis*, v., part., A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) e, dello stesso, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, 2005, e *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2011, 6 dicembre 2011. V., inoltre, F. MEDICO, *Il ruolo della Carta di Nizza e la questione sociale: ci può essere solidarietà senza integrazione politica?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2021, 16 luglio 2021, p. 236 ss., e, pure *ivi*, G. COMAZZETTO, *La solidarietà nello spazio costituzionale europeo. Tracce per una ricerca*, p. 258 ss., e G. SALTELLI, *Solidarietà, sussidiarietà e diritti fondamentali del cittadino europeo nel processo di integrazione politica dell'Europa*, 26 luglio 2021, p. 339 ss., spec. p. 347 ss. Qualifica il dovere in parola un "male necessario" F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere?*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2021, 17 maggio 2021, p. 84 s.

THE BALANCE IN THE RELATIONS BETWEEN EUROPEAN AND NATIONAL COURTS: A TRUE SQUARING OF THE CIRCLE ONLY POSSIBLE IN A *DE IURE CONDENDO* PERSPECTIVE

ABSTRACT: The paper highlights the inconsistencies in theoretical construction exhibited both by the jurisprudential orientations of the European Courts and by those of the national courts in the field of safeguarding fundamental rights; in particular, it highlights the lack of an organic theory of the Charters on the part of the Constitutional Court. It therefore notes the unjustified difference in the treatment reserved to the charters themselves both in terms of the theory of sources and the theory of interpretation, as well as in terms of the decisional techniques used to resolve inconsistencies between the charters in question; and suggests certain changes to be made to the canons on which the proceedings are based, in order to remedy some of the drawbacks hitherto observed. The study concludes with a brief final remark concerning the overexposure of judges and their hyperpoliticisation.

KEYWORDS: relations between European and national courts; interpretative techniques; decision-making techniques; changes in the rules on trials; the markedly political role of judges.