

analisi e diritto

antonio ruggeri

**“itinerari” di una ricerca  
sul sistema delle fonti**

**XXIV**

**studi dell'anno 2020**

**g. Giappichelli editore**

analisi e diritto

---

serie teorica

115

La collana “Analisi e diritto”, diretta fin dalla sua fondazione da Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, adotta una politica di scelta dei volumi da pubblicare basata sul metodo del *peer review*. I contributi devono essere inviati per posta elettronica a uno di questi due indirizzi [comanducci@unige.it](mailto:comanducci@unige.it) oppure [guastini@unige.it](mailto:guastini@unige.it) in formato Word, accompagnati da una breve informazione sull'autore e da un *abstract* di non più di 4.000 caratteri. Se il tema del contributo rientra tra quelli di interesse per la collana, il contributo, in forma anonima, verrà sottoposto ad un processo di doppia valutazione esterna da parte di pari.

*The books published in the “Analisi e diritto” series, edited by Paolo Comanducci and Riccardo Guastini, are selected on the basis of the peer-review method. The files of the books ought to be sent by e-mail to one of the following adresses: [comanducci@unige.it](mailto:comanducci@unige.it) or [guastini@unige.it](mailto:guastini@unige.it) in Word format. A short memo about the author and a short abstract of the book offered for publication (4.000 characters) should be enclosed. If the subject matter meets the scope of the series, the book will be submitted to a double external peer-review process.*

antonio ruggeri

# “itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti

XXIV

studi dell'anno 2020



g. giappichelli editore

© Copyright 2021 – G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO  
VIA PO, 21 – TEL. 011-81.53.111 – FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3784-4

*Stampa:* LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## Presentazione

Gli studi che ora si presentano ruotano tutti attorno all'asse portante del rapporto intercorrente tra alcune delle più salienti vicende della normazione del tempo presente e la salvaguardia dei diritti fondamentali. Tra gli svolgimenti delle prime e la misura concreta di raggiungimento della seconda determinante è, come sempre, la mediazione esercitata dai giudici, comuni e costituzionali (in senso materiale, comprensivo anche delle Corti europee quali custodi – per dirla con la Consulta – di documenti “tipicamente costituzionali”), una mediazione che è cresciuta in modo vistoso nel corso degli anni, manifestandosi alle volte in modi eccessivi, altre (e, per fortuna, di norma) apprestando un servizio prezioso, discreto, comunque indispensabile al fine di colmare le lacune e carenze delle sedi istituzionali in cui prende corpo la rappresentanza politica e dare così appagamento ai più diffusi ed avvertiti bisogni in seno al corpo sociale.

La gran parte degli studi portati a termine nell'anno appena trascorso fa costante e specifico riferimento proprio al “dialogo” tra le Corti, com'è ormai in uso chiamarlo, ricorrendo ad una metafora che, al pari di ogni altra, pur possedendo una indubbia capacità evocativa di senso, rimane nondimeno avvolta da una consistenziale, non rimossa, ambiguità concettuale.

Più volte è, poi, fatta attenzione alla emergenza sanitaria che ad oggi ci affligge ed inquieta e che – come si fa notare – ha messo (e mette) a dura prova la tenuta di risalenti e consolidate categorie teoriche riguardanti la composizione delle fonti in sistema per un verso, gli equilibri istituzionali per un altro. L'emergenza, infatti, non soltanto ha portato ad una sensibile alterazione di questi ultimi o, per dir meglio, ha accresciuto lo squilibrio di cui già da tempo e per varie cause si ha riscontro ma ha sollecitato (e – direi – obbligato) molti studiosi ad un'affannosa

e sofferta ricerca del modo con cui poter dare una qualche giustificazione all'operato del Governo (e, per esso, segnatamente del Presidente del Consiglio), come pure dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci, gravati del peso enorme di dover gestire al piano normativo una situazione che, per molti versi, parrebbe invero essere sfuggita di mano. È in questa luce che va rivista la questione, da tempo – come si sa – portata all'esame della dottrina e riproposta in modo impellente nella congiuntura in atto, dell'inserimento nella Carta di una disciplina essenziale dell'emergenza che pure, ad opinione di accreditati studiosi, non sarebbe necessaria ma che – si tenta di argomentare in alcuni scritti – si dimostra in realtà essere non più procrastinabile. E ciò, se non altro al fine di contenere, se non pure fugare del tutto, il rischio che in occasione delle emergenze tanto gli organi della direzione politica quanto i massimi garanti del sistema e gli organi della giurisdizione in genere si trovino poi obbligati a procedere a tentoni, con molta approssimazione ed in un clima convulso e confuso, nel tentativo di arginare gli effetti devastanti dell'emergenza. La qual cosa è già di per sé causa di grave pregiudizio per i diritti costituzionali, in aggiunta a quello cui essi devono sottostare a causa dell'emergenza stessa.

La diffusione del virus, tra gli incalcolabili guasti apportati e – ciò che ovviamente più importa – il sacrificio insopportabile di vite umane spezzate, ha nondimeno presentato il vantaggio di imprimere una sensibile accelerazione al processo di modernizzazione del nostro come pure degli altri Paesi colpiti dalla pandemia, agevolando ed alimentando l'uso della tecnologia praticamente in ogni ambito della vita di relazione. Ed è allora da chiedersi – è questa la domanda alla quale da varie angolazioni si tenta di dare una prima, seppur ad oggi incompiuta, risposta – se (ed in che misura) le strutture proprie dello Stato costituzionale risultino attrezzate per far fronte a siffatto processo di repentina trasformazione tecnologica delle relazioni sociali e di poterlo governare a modo, orientandone gli sviluppi verso i valori costituzionali ed anzi viepiù illuminandoli all'insegna di questi.

L'emergenza sanitaria ha poi riproposto in termini impellenti la questione della ridefinizione su basi nuove o, come che sia, rinnovate dei rapporti tra i vari livelli di governo (e, segnata-

mente, tra centro e periferia), qui fatta oggetto da varia angolazione di più studi, muovendo da una rilettura del disposto dell'art. 5 con cui si dà voce al valore di "unità-autonomia", alla cui luce si è fatto luogo ad una riconsiderazione sia della "specializzazione" dell'autonomia, di cui all'art. 116, III c., Cost., sia della specialità regionale, tentando di verificare quali possano essere i modi più adeguati ad attuare la prima ed a rigenerare la seconda in vista dell'ottimale appagamento del valore suddetto nel suo fare "sistema" con i valori restanti, a partire da quelli di cui agli artt. 2 e 3, espressivi – piace a me dire – della "coppia assiologica fondamentale" dell'ordinamento.

In questo quadro s'inscrive, poi, la critica osservazione di alcune tendenze ed esperienze recenti della giustizia costituzionale, specie per il modo con cui si è fatto (e si fa) uso degli strumenti processuali, portati ad effetti a mia opinione in misura sensibile vistosamente devianti dalle previsioni normative che li riguardano. Forse, come si fa notare in uno degli scritti qui riuniti, è in corso un'autentica "metamorfosi" della giustizia costituzionale, nel segno di una marcata sottolineatura dell'"anima" politica rispetto a quella giurisdizionale, di cui già negli anni precedenti si sono avuti (e seguitano ad aversi) non pochi ed inquietanti segni, emblematicamente rappresentati dalla inusuale (e, a parer mio, intrinsecamente contraddittoria) tecnica decisoria inaugurata in *Cappato*. Un *trend*, questo, che per vero, per un verso, come si diceva, si spiega (seppur non giustifica) nelle ormai annose, gravi ed – è da temere – endemiche carenze della rappresentanza politica (e, di riflesso, negli atti di normazione, a partire appunto dalla legge, in cui essa si rispecchia e traduce) e, però, per un altro verso, trae alimento da un dettato costituzionale complessivamente timido ed incerto, connotato da espressioni oggettivamente "aperte", polisemiche e, diciamo pure, non di rado ambigue (emblematiche in tal senso le clausole generali, al cui studio è dedicato uno degli scritti di questa raccolta). Ciò che, poi, ripropone, in termini pressanti l'annosa questione di un aggiornamento della Carta, tanto nella parte organizzativa quanto (e, forse, più ancora) in quella sostantiva, al fine di dare sia ai decisori politico-istituzionali e sia pure ai garanti indicazioni per quanto possibile non opache ed appannate, pur nella essenzialità ed elasticità dei disposti che le contengono.



Infine, un cenno al penultimo scritto della raccolta, che ho voluto ugualmente inserire pur consapevole della sua estraneità all'oggetto proprio di essa. Ho sempre sentito in modo viscerale – come in esso scrivo – la mia appartenenza al Gruppo di Pisa ai cui appuntamenti mi sono sforzato, per quanto possibile, di non mancare. Rendere testimonianza di come quest'associazione è venuta alla luce, com'era e com'è e, ancora, come potrebbe essere nel prossimo futuro appare ai miei occhi un piccolo servizio che offro di cuore a beneficio soprattutto dei giovani studiosi, a partire da quelli che non erano neppure nati quando il Gruppo stesso si è riunito a Pisa nel maggio del '90 la prima volta grazie ad una ispirata, felicissima intuizione di chi lo ha ideato, Roberto Romboli. Il Gruppo molto ha dato – credo di poter dire senza che l'orgoglio di farvi parte sin dalla sua fondazione mi faccia da velo alla ragione – agli studi di diritto costituzionale, in ispecie ponendosi quale palestra per i giovani studiosi ai quali ha costantemente offerto (e seguita ad offrire) l'opportunità di farsi conoscere ed apprezzare, nonché di confrontarsi con i meno giovani, tra tutti intrattenendosi e svolgendosi un flusso ricco e fecondo di punti di vista, espressivi di convergenze e divergenze di orientamenti che a ciascuno di noi hanno portato frutti numerosi e succosi.

La raccolta, secondo una consuetudine alla quale non saprei rinunciare, è dedicata come di consueto al mio indimenticabile Maestro, Temistocle Martines. In una congiuntura così inquietante e sofferta, qual è quella presente, confesso di aver ricevuto non poco conforto dal ricordo indelebile di ciò che ha rappresentato per me e per quanti hanno avuto la fortuna di conoscerlo e di stargli vicino: del suo rigore morale, del suo lucido ed appassionato magistero, che costantemente si alimentava della fede incrollabile nei valori cui dà voce la Carta costituzionale, nei cui principi *toto corde* s'identificava, del suo impegno civico di cui ha reso limpida testimonianza, in una congiuntura particolarmente travagliata del nostro Paese, con la sua partecipazione alle iniziative dei comitati Dossetti, ai cui appuntamenti non ha mai voluto mancare neppure quando ciò gli era causa di indicibili sofferenze a motivo del male che lo aveva minato e che poi, giusto nel giorno in cui la Repubblica ha compiuto cinquant'anni, ce lo ha prematuramente sottratto.

Considero doveroso portare a conoscenza dei giovani e richiamare alla memoria dei meno giovani queste ed altre qualità dell'uomo, prima ancora del Maestro, additandolo ad esempio di come possa darsi voce, con timbro forte e chiaro, ai valori della Carta, richiamando tutti noi all'impegno di salvaguardarli, anche (e soprattutto) nella impegnativa congiuntura del tempo presente, e di trasmetterli integri a beneficio delle generazioni che verranno.



# I

## Protocollo 16 e identità costituzionale\*

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

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

Il confronto tra studiosi ed operatori sul protocollo 16 appare

---

\* In *Dir. comp.* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 1/2020, 5 gennaio 2020, 213 ss.

in modo prevalente (e talora persino assorbente) incentrato sui profili istituzionali legati al suo esercizio, avuto riguardo agli effetti che possono aversene tanto al piano dei rapporti interordinamentali (o – se si preferisce altrimenti dire – intersistemici<sup>1</sup>) quanto a quelli di diritto interno.

Ora, fermo restando il cruciale rilievo che gli effetti stessi rivestono per i rapporti in parola, la questione oggi nuovamente discussa investe, a mio modo di vedere, più (e prima ancora) che il versante istituzionale, il cuore stesso della teoria della Costituzione. Tenterò infatti di mostrare che dietro l'orientamento manifestato da quanti si oppongono strenuamente alla ricezione in ambito interno del prot. in parola, così come dietro quello di coloro che invece la caldegghiano, si dà un diverso modo d'intendere e far valere la Costituzione. La posta in palio è, perciò, ben più alta di quella, pure di non poco momento, che ad una prima (ma erronea) impressione parrebbe essere riguardata dal dibattito in corso, perlomeno per come è venuto a svolgersi fin qui. Un dibattito che non si è mai spento nel corso degli anni<sup>2</sup> ma che si è ultimamente, in considerevole misura, riaperto,

---

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

<sup>2</sup> Tra i molti studi dedicati al prot. in parola v., almeno, O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2/2014, 293 ss.; N. POSENATO, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1421 ss.; R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2014, 12 settembre 2014; R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 16 maggio 2014, e, dello stesso, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in *Quest. giust.* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 30 gennaio 2019; AA.VV., *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte*

man mano che è apparsa essere sempre più concreta la eventualità della ricezione suddetta<sup>3</sup>.

Riserve e critiche, anche particolarmente aspre, si sono avute da parte di studiosi che paventano rischi per la sovranità dello Stato<sup>4</sup>, gli equilibri tra gli operatori istituzionali, sia in ambito interno come pure al piano dei rapporti interordinamentali, la stessa identità costituzionale.

Muovo proprio da quest'ultima, laddove è, a mio modo di vedere, il cuore della questione, e da questa quindi risalgo agli altri punti toccati dai critici, assumendo quale punto di partenza

---

*delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di E. Lamarque, Giappichelli, Torino 2015; E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino 2015, 182 s., e, della stessa, ora, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, in *Riv. Gruppo di Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 5 dicembre 2019, § 7; A. DI STASI, *Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura della stessa A. Di Stasi, Cedam, Padova 2016, 63 ss.; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, 328 ss.; I. ANRÒ, *Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le corti?*, in *Eurojus* ([www.rivista.eurojus.it](http://www.rivista.eurojus.it)), 2/2019, 24 aprile 2018, e, della stessa, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2019, 189 ss.; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla Cedu entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 3/2018, 719 ss.

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

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

una nozione d'identità altrove argomentata<sup>5</sup>, che la vede come assiologicamente connotata, riferita cioè al patrimonio di finivalori cui dà voce la Carta costituzionale (*mutatis mutandis*, per la identità dell'Unione o di altre organizzazioni sovrastatali, quale – per ciò che qui è di specifico interesse – il Consiglio d'Europa, cui fa capo la CEDU).

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

È di tutta evidenza che, per un'accezione assiologicamente orientata della identità, si rende necessario fare riferimento a tutti i valori fondamentali, nessuno escluso, dal momento che essi si fanno costante e necessario rimando a vicenda<sup>6</sup> e che il *vulnus* recato anche ad uno solo di essi ridonda in una lesione anche per gli altri, tutti assieme facendo “sistema”, esattamente com'è per le fondamenta di un edificio, congiuntamente e paritariamente concorrenti alla stabilità dello stesso.

---

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

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

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

Ora, il principio al quale è qui doveroso prestare specifica attenzione è quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11, nel suo porsi in funzione servente nei riguardi dei principi fondamentali restanti, in specie di quelli di cui agli artt. 2 e 3, componenti – piace a me dire – la *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento<sup>7</sup>.

Il principio di apertura, per vero, è insito già nei principi da ultimo richiamati, per la elementare ed a tutti nota ragione che i principi fondamentali tendono tutti, per loro strutturale ed indeclinabile vocazione, alla propria massima affermazione possibile, alle condizioni oggettive di contesto<sup>8</sup>; particolarmente accentuata e vistosa è siffatta irrefrenabile tendenza proprio nei principi che danno voce alle istanze di libertà ed eguaglianza, alla richiesta pressante cioè di spazi sempre più consistenti entro cui dar modo alla personalità di ciascun individuo di maturare e di potersi far valere.

Il principio di apertura, ad ogni buon conto, presenta carattere ambiverso: l'ordine interno si apre ad ordinamenti e sistemi normativi, quale quello eurounitario e quello convenzionale, allo stesso tempo in cui questi si aprono al primo<sup>9</sup>, tutti accomunati e governati da un autentico “metaprinzipio” – come lo si è in altri luoghi chiamato – che è quello della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali<sup>10</sup>.

---

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

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

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

<sup>10</sup> Il canone fondamentale in parola è stato fatto oggetto di aspra contestazione da parte di alcuni accreditati studiosi [sopra ogni altro, R. BIN, che ne ha trattato a più riprese: di recente, in *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento*



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

È interessante notare che tutto ciò risulta *per tabulas* stabilito – come qui pure si viene dicendo – in primo luogo nella Costituzione, ed è quindi confermato dal disposto di cui all’art. 53 sia della CEDU che della Carta dei diritti dell’Unione<sup>11</sup>, laddove si ritaglia un ruolo sussidiario a beneficio di siffatti documenti “tipicamente costituzionali” (per riprendere la qualifica che ne dà Corte cost. n. 269 del 2017) o – diciamo ancora meglio – *materialmente* costituzionali.

Nel mercato dei diritti – come suole essere chiamato – la migliore risorsa alla quale i diritti stessi possono attingere al fine di vedersi appagati al meglio è data proprio da quel “pluralismo costituzionale” nei cui riguardi una sensibile dottrina<sup>12</sup> ha, ancora di recente, preso le distanze con argomenti di ordine teo-

---

della teoria delle fonti, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché nell’intervista sul tema *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giustizia insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 10 aprile 2019, e, infine, in *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *paper*]; alle critiche, particolarmente penetranti, venute da questa dottrina mi sono sforzato di replicare in più scritti, tra i quali, oltre all’intervista suddetta cui pure ho preso parte, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, Relazione conclusiva della Giornata di studi in ricordo di Alessandro Pizzorusso dedicata a *Il diritto giurisprudenziale*, Pisa 16 dicembre 2019, in *Consulta On-Line* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2019, 18 dicembre 2019, 707 ss., spec. 714 in nt. 30.

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

<sup>12</sup> Mi riferisco, part., a O. CHESSA, *Alcune osservazioni critiche al «pluralismo costituzionale» di Antonio Ruggeri*, in *Forum di Quad. cost.* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 11 ottobre 2019.

rico che però, a tacer d'altro, si scontrano con un dato di fatto innegabile, costituito da un'avanzata integrazione sovranazionale e da vincoli crescenti discendenti dalla Comunità internazionale: un'esperienza, questa, che è sotto gli occhi di tutti e che, nondimeno, va ad oggi svolgendosi in forme e con effetti – è doveroso ammettere – non di rado distorsivi, che dunque richiedono di essere come si conviene corretti, all'insegna appunto del “metaprincipio” suddetto. Perché è di tutta evidenza (e non richiede qui che se ne faccia ulteriore discorso) che la sovranità dello Stato<sup>13</sup> può (e deve) piegarsi davanti a norme, pronunzie dei giudici e quant'altro abbia giuridico rilievo provenienti *ab extra* alla sola condizione che se ne abbia un guadagno per i diritti costituzionali, vale a dire che risultino ancora meglio serviti ed appagati quei valori di libertà ed eguaglianza in nome dei quali i vincoli aventi origine esterna non soltanto possono essere accettati ma – di più – venire sollecitati a prodursi<sup>14</sup>.

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

Ciò che poi particolarmente importa mettere, ancora una volta, in chiaro è che i rapporti tra gli ordinamenti, *anche per effet-*

---

<sup>13</sup> ... nella sua accezione tradizionale, sopra richiamata.

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

*to del principio fondamentale di apertura*, risultano essere di parziale e tendenziale *integrazione* e di mutua *cooperazione*, comunque di certo non di *separazione* o – peggio – di *contrapposizione*.

Qui è il punto cruciale della questione oggi nuovamente discussa. I “sovranisti” (o, meglio, i nazionalisti<sup>15</sup>) ad oltranza – siano essi operatori politico-istituzionali e siano pure studiosi – vedono i rapporti in parola da un angolo visuale e con una lente che produce immagini deformate, vedono cioè gli ordinamenti a mo’ di eserciti schierati su fronti contrapposti e chiamati a farsi

---

<sup>15</sup> Utilizzo il primo termine esclusivamente perché ormai in uso ma ritengo maggiormente appropriato il secondo, dal momento che il primo evoca in campo l’idea di sovranità, che però – come si sa – va declinata al plurale: accanto, infatti, all’accezione di natura soggettiva che rimanda all’esercizio di poteri di autorità, per la quale il termine adoperato nel testo potrebbe essere mantenuto col significato dispregiativo suo proprio, se ne dà un’altra di natura assiologico-sostanziale, che la vede appunto riferita ai valori fondamentali dell’ordinamento e, segnatamente, a quello del riconoscimento dei diritti fondamentali [di quest’ultima accezione, espressiva di una svolta metodico-teorica di grande momento, si è fatto portatore – come si sa – soprattutto G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., sul cui pensiero v., tra gli altri, L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, 55 ss.; E. CASTORINA – C. NICOLOSI, “Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull’evoluzione della giurisprudenza statunitense, in *Forum di Quad. cost.* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 519 ss. e, pure *ivi*, II, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*, 1068 ss.; A. MORRONE, *Sovranità*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2017, 2 agosto 2017, 92 s., e, pure *ivi*, C. SALAZAR, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*, 8, e A. SPADARO, *Dalla “sovranità” monistica all’“equilibrio” pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, 2 s.].

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

una guerra senza fine e senza risparmio di colpi. Di contro, le Carte dei diritti sopra nominate, assieme a tante altre fiorite in seno alla Comunità internazionale, testimoniano che gli ordinamenti (e, al loro interno, gli operatori tutti, giudici e legislatori) sono chiamati o, diciamo pure, obbligati dal valore della pace e della giustizia tra le Nazioni a collaborare incessantemente ed intensamente al fine di offrire ad ogni essere umano, sotto ogni cielo ed in ogni luogo abbia deciso di stanziarsi e di vivere le proprie esperienze di vita, l'ottimale appagamento dei bisogni di libertà, eguaglianza, giustizia da ciascuno e da tutti assieme intensamente avvertiti, specie dopo l'ammonimento lasciatici dalla tragedia collettiva della seconda grande guerra e da ciò che essa ha rappresentato per la vita e la dignità di milioni di individui.

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

I "nazionalisti", a conti fatti, ritengono di sì, lo dicano o no in modo chiaro e tondo. E, invece, sbagliano, sbagliano di grosso. Muovono, infatti, dall'assunto, ancorché alle volte non esplicitamente dichiarato, che la Costituzione (in ispecie, la nostra) sia in sé e per sé perfetta, senza menda alcuna, nella sua parte maggiormente qualificante ed espressiva, relativa appunto ai diritti e ai doveri dei cittadini (e, in genere, di ogni persona) e che, pertanto, le altre Carte nulla abbiano da offrire di più o di meglio di ciò che essa è in grado di poter dare. Tutt'al più possono venire *dopo* (in senso assiologico-sostanziale) o, diciamo pure, a rinforzo (ma francamente, a rigore, da quest'angolo visuale, non si capisce quale ne sia la necessità). Un *animus*, questo, che traspare anche da molte pronunzie del giudice costituzionale, con le quali i casi da esse riguardati sono definiti facendo *esclusivo* riferimento alla nostra legge fondamentale (e, di conseguenza, spesso mettendo in atto la tecnica dell'assorbimento dei vizi<sup>16</sup> per ciò che concerne la denuncia di altra Carta, come di recente s'è fatto in *Cappato*, con la 242 del

---

<sup>16</sup> ... sulla quale, per tutti, v. A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Jovene, Napoli 2013.

2019<sup>17</sup>) o, tutt'al più, richiamando ad ulteriore conferma anche disposti sostanzialmente ripetitivi di altri documenti "tipicamente costituzionali". È vero che talora si ammette che da questi ultimi può venire una tutela più "ampia" per i diritti (così, ad es., nella 25 del 2019), fermo restando appunto che la tutela stessa è comunque pur sempre apprestata anche dalla Costituzione.

L'orizzonte metodico-teorico verso il quale tende la ricostruzione dei rapporti tra le Carte (e gli ordinamenti di appartenenza) nella quale ormai da anni mi riconosco è, invece, assai diverso per impostazione e svolgimenti. L'orgoglio dell'appartenenza ad un ordinamento che è dotato di basi strutturali assai solide, quali sono quelle apprestate dalla nostra Carta, non m'impedisce di ammettere che possano darsi casi della vita al ricorrere dei quali da altre Carte possa venire (ed effettivamente venga) un prezioso sussidio in vista del conseguimento di sintesi assiologiche tra i beni in campo maggiormente pregevoli ed apprezzabili di quelle che si avrebbero restando entro l'*hortus conclusus* del nostro ordinamento e della nostra Carta e rifiutando dunque sdegnosamente l'offerta di aiuto, di servizio ai diritti, proveniente *ab extra*<sup>18</sup>. Lo spoglio quotidiano che vado da anni facendo della giurisprudenza di questa o quella Corte europea, in aggiunta a quello della giurisprudenza nazionale, avvalora il convincimento, nel quale sempre di più mi radico, che dalla prima sia in innumerevoli occasioni stata data ai diritti, ai *nostri* diritti per come riconosciuti e garantiti dalla *nostra* Carta costituzionale, una salvaguardia ancora più adeguata di quella che avrebbe potuto aversi attingendo ai soli materiali normativi e giurisprudenziali di produzione interna.

---

<sup>17</sup> Ho preso le distanze da siffatto modo di operare, ancora da ultimo, nel mio *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 27 novembre 2019, ult. par.

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

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

Basti solo pensare alla nota dottrina dei “controlimiti”<sup>19</sup> che porta naturalmente all'effetto di intravedere un ordine gerarchico *per sistema* non soltanto tra la Costituzione e il diritto eurounitario, sia derivato che originario, avuto specifico riguardo alle norme più direttamente qualificanti ed espressive della prima, i principi fondamentali, ma anche tra la Costituzione stessa e la Carta di Nizza-Strasburgo, dal momento che a quest'ultima è assegnato il medesimo valore del trattato che vi fa richiamo. O, ancora, basti pensare alla qualifica a tutt'oggi considerata valevole per la CEDU (ed è da pensare per ogni altra Carta diversa da quella dell'Unione) quale fonte “subcostituzionale”, come tale astrattamente tenuta alla osservanza di ogni norma della nostra legge fondamentale. Un ordine gerarchico che ha però alla sua base un difetto strutturale di costruzione, che rende perciò fragile l'intera impalcatura concettuale su di esso poggiante, non potendosi l'ordine stesso in alcun modo conciliare con il riconosciuto carattere “tipicamente costituzionale” di tutti i documenti normativi in campo, che li porta naturalmente a disporsi tutti sul medesimo piano. Un carattere dal quale, poi, naturalmente discende la loro attitudine, essa pure dalla stessa giurisprudenza da tempo riconosciuta (spec. da Corte cost. n. 388 del 1999), ad *integrarsi reciprocamente nella interpretazione*, a concorrere cioè l'una Carta alla incessante e necessaria rigenerazione semantica delle altre, tutte appunto componendo un fascio unitario ed inscindibile nelle sue parti da cui si alimenta e sostiene il “sistema di sistemi” in via di progressiva affermazione. Una integrazione che ha quale suo punto di partenza e di ar-

---

<sup>19</sup> Riferimenti, di recente, in S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e C. PINELLI, *Controlimiti e principi supremi*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 491 ss.

rivo, nel circolo ermeneutico in cui tutte le Carte paritariamente s’inscrivono e svolgono, quel “metaprincipio” della massimizzazione della tutela che è l’autentica *Grundnorm* della costruzione interordinamentale in corso, dalla quale essa dunque si tiene portandosi gradatamente e con non poca fatica sempre più in alto<sup>20</sup>.

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

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

---

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

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

Con una corta espressione possiamo rendere questo concetto così: la *nostra* identità costituzionale può essere colta ed apprezzata fino in fondo solo appuntando l'attenzione, *a un tempo e paritariamente*, sugli enunciati linguistici dei quali si compone la legge fondamentale della Repubblica e su quelli delle altre Carte cui sia stato dato giuridico rilievo in ambito interno, rileggendo ogni volta, in ragione delle complessive e peculiari esigenze di ciascun caso, tutti tali enunciati al fine di dare l'ottimale appagamento ai diritti e, in genere, ai beni della vita evocati in campo dal caso stesso. E, poiché le Carte acquistano senso per il modo con cui si fanno “diritto vivente” (in specie, ma non solo, a mezzo degli indirizzi giurisprudenziali in cui esso si concreta e manifesta<sup>21</sup>), se ne ha che l'ascolto delle voci che fanno “parlare” le Carte stesse è un fatto ineludibile, piaccia o no.

Possiamo poi discutere, anche a lungo, circa i modi più efficaci con cui realizzare il c.d. “dialogo” intergiurisprudenziale, assicurando l'equilibrio armonico di tutte le voci in campo, non sulla sua necessità. È poi pur vero che il riferimento agli indi-

---

<sup>21</sup> La prima pietra, per vero, dovrebbe, secondo modello, essere posta dalla mano del legislatore, cui è demandato il compito di dare il primo ed essenziale *riconoscimento* dei diritti, nella ristretta e propria accezione del termine, come di ciò che fa luogo alla *inventio* di quanto trovasi racchiuso negli strati più profondi del corpo sociale, risultando quindi avvalorato – si è detto in altri luoghi – da *consuetudini culturali* diffuse e radicate nel corpo stesso (maggiori ragguagli al riguardo possono, volendo, aversi dal mio *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, cit., spec. 724 ss.). Senonché, tardando ovvero dimostrandosi comunque imperfetta l'opera di riconoscimento per mano del legislatore, è giocoforza che vi supplisca e, comunque, che ad essa, pur dove vi sia, si saldi, specificandola ed attuandola in ragione dei casi, l'opera dei giudici, ai quali nondimeno tocca l'impegnativo e non di rado sofferto compito di convertire le astratte previsioni legislative in concreta disciplina di ciascun caso.



rizzi delle Corti europee potrebbe direttamente aversi, così come peraltro molte volte si ha, dai giudici comuni (e, in genere, dagli operatori di diritto interno), col mero fatto dei richiami che essi a vicenda si fanno; ed è perciò verosimile – venendo a dire specificamente di ciò che qui ci occupa – che, in presenza di un indirizzo giurisprudenziale della Corte di Strasburgo ben definito e consolidato, il giudice nazionale faccia a meno di avvalersi dello strumento messogli a disposizione dal prot. 16<sup>22</sup>. D'altronde, ad oggi che quest'ultimo non è da noi ancora vigente non è forse vero che un numero crescente di giudici comuni si mostri avvertito di questo bisogno e si attivi come può per darvi appagamento?

È tuttavia evidente che non ha senso privarsi in partenza dell'opportunità offerta dal prot. in parola, battendo con profitto il canale istituzionale da esso apprestato per ristretto che sia (essendo dato – come si sa – unicamente ai giudici di ultima istanza di poterlo percorrere), come pure insicuro appaia essere in ordine agli effetti per il suo tramite in concreto raggiunti<sup>23</sup>. E ciò, sol che si consideri che esso non priva il giudice interpellante né altri operatori di giustizia della facoltà di discostarsi dalle indicazioni ricevute dalla Corte di Strasburgo<sup>24</sup>, così come d'altronde si è avuto in *Menesson*<sup>25</sup>. È vero che le pronunzie

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

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

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

<sup>25</sup> Il punto è rimarcato tanto da R. SABATO, *Sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, cit., quanto da R. CONTI, *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, cit., § 6. Sulla vicenda, tra i molti commenti, v. dello stesso R. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Quest. giust.* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 28 maggio 2019; L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità “intenzionale”: il possibile*

emesse in sede consultiva dalla Corte stessa perlopiù avranno il seguito conforme che esse si attendono, se non altro per il timore che gli atti che vi si discostino possano quindi dar adito a ricorsi a Strasburgo in sede giurisdizionale<sup>26</sup>. E però è da mettere in conto che lo stesso giudice europeo davanti ad una motivazione stringente adottata dall'autorità nazionale possa rivedere, almeno in parte, il proprio originario punto di vista. Né più né meno – se ci si pensa – di ciò che si è avuto, come si sa, in *Taricco*. Anche per quest'aspetto, dunque, al tirar delle somme, lo strumento in parola potrebbe tornare utile ad un rinnovamento degli indirizzi interpretativi della Convenzione maggiormente sensibile ed attento alle istanze provenienti dagli ambienti nazionali<sup>27</sup>.

---

*impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (www.fsjeurostudies.eu), 2/2019, 15 luglio 2019, 160 ss.; L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Dir. um. dir. int.*, 2/2019, 418 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2019; M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Oss. AIC* (www.osservatorioaic.it), 5/2019, 3 settembre 2019, 1 ss.; R. RUSSO, *Il caso Mennesson, vent'anni dopo. Divieto di maternità surrogata e interesse del minore. Nota a Arrêt n°648 du 4 octobre 2019 (10-19.053) – Cour de Cassation – Assemblée plénière*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 20 novembre 2019.

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

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