

**La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU
e della Carta di Nizza-Strasburgo
(a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)**

di Antonio Ruggeri
(23 marzo 2011)

SOMMARIO: 1. Una pronunzia-*summa* del pensiero della Corte in tema di rapporti interordinamentali, che pone l'accento sui profili di *separazione* piuttosto che su quelli d'*integrazione*, alla luce di una prospettiva d'inquadramento sistematico d'ispirazione formale-*astratta*. – 2. I due punti fermi riguardanti gli oneri incombenti sui giudici e i due punti relativi ai compiti che la Corte affida a se stessa. – 3. Lo scenario dei rapporti tra diritto interno e CEDU (e la stessa Carta di Nizza-Strasburgo) dopo Lisbona: in ispecie, la perdurante, secca esclusione della “copertura” fatta alla Convenzione dall'art. 11 cost. – 4. La mancata “trattattizzazione” della CEDU, dalla quale nondimeno non discende la chiusura alla sempre possibile integrazione e alla stessa immedesimazione delle Carte (Costituzione inclusa) nei processi interpretativi, nonché al loro paritario bilanciamento per le esigenze del caso e secondo valore. – 5. Una succinta notazione finale: la sostanziale inattuabilità della disciplina normativa relativa al difetto di pubblica udienza nei procedimenti davanti alla Cassazione, ovvero sia una nuova “zona franca” (o “d'ombra”) della giustizia costituzionale.

*1. Una pronunzia-*summa* del pensiero della Corte in tema di rapporti interordinamentali, che pone l'accento sui profili di separazione piuttosto che su quelli d'integrazione, alla luce di una prospettiva d'inquadramento sistematico d'ispirazione formale-*astratta**

Un'autentica *summa* del pensiero della Corte in tema di rapporti interordinamentali, sia con la CEDU che col diritto dell'Unione, può essere considerata la decisione oggetto delle succinte notazioni ora svolte. Solo di questo però si tratta? In realtà, l'indirizzo dalla Corte stessa col tempo composto a riguardo dei rapporti in parola appare essere al proprio interno assai articolato e, a mia opinione, ad oggi gravato da qualche incertezza ed anche da talune non rimosse aporie di costruzione. Ed allora la circostanza per cui si ponga qui, marcatamente, l'accento su alcune tra le più decise e vistose espressioni della giurisprudenza, mentre se ne lascino sullo sfondo o nell'ombra altre, non rimane, a mio modo di vedere, senza significato.

Vado subito al cuore della questione. A me pare che con la odierna pronunzia la Corte tenda a mettere in evidenza i profili di *separazione* tra gli ordinamenti, a tutto discapito di quelli d'*integrazione*; e, per far ciò, ambienti senza esitazione alcuna in prospettiva formale-*astratta* il suo ragionamento che, fissate le premesse dal quale muove, è quindi portato alle sue lineari e consequenziali conclusioni. Nel merito, non discuto l'esito ricostruttivo cui la Corte perviene (ciò che, oltre tutto, richiederebbe talune competenze in materia di processo penale che non mi riconosco). Solo che, poiché la Corte perviene a quest'esito a seguito di un percorso argomentativo cui è volutamente assegnata generale valenza, vale a dire in chiusura di un discorso qui rifatto in termini complessivi con riguardo ai rapporti suddetti, ed allora l'opzione “secca” ora manifestata a beneficio del modello della separazione ed a seguito dell'adozione della prospettiva indicata a me parrebbe esser gravemente sbilanciata, comunque nei termini in cui è fatta non in tutto persuasiva. E ciò, tanto più se si considera che – qui come altrove – sono in ballo i diritti fondamentali della persona, il cui adeguato appagamento – come la stessa Corte ha, ancora in tempi assai vicini (e mi riferisco, soprattutto, alle sentt. nn. 311 e 317 del 2009), opportunamente segnalato – richiederebbe piuttosto l'adozione di meccanismi di salvaguardia dei diritti di fattura assiologico-sostanziale, come tali apprezzabili dalla

prospettiva (parimenti assiologico-sostanziale) ad essi congeniale: primo su tutti, quello che evoca in campo il criterio di selezione delle norme da far valere nel caso che è dato dalla ricerca della più “intensa” tutela apprestata ai diritti, secondo quanto lo stesso giudice delle leggi ha tenuto in special modo a precisare nella seconda delle pronunzie appena richiamate¹. Un criterio che – piaccia o no (ed alla Corte, evidentemente, non piace...) – non può essere colto appieno, nelle sue estremamente varie movenze, ed apprezzato come si conviene nelle sue parimenti varie, estremamente fluide, manifestazioni, seguitando a ragionare delle *fonti* e dei modi della loro composizione in sistema (secondo gerarchia ovvero secondo separazione), senza dunque puntare direttamente alle *norme*, a ciò che esse sono in grado di fare al servizio dei diritti e, in ultima istanza, della dignità della persona umana, nella quale è da rinvenire, a mia opinione, il *Grundwert* e la *Grundnorm* assieme sia dell’ordinamento che delle relazioni interordinamentali².

Insomma, una pronunzia, quella ora in esame, che è – a me pare – significativa più per ciò che... *non dice* che per ciò che dice; o, forse, in egual misura sia per l’una che per l’altra cosa, dalla loro congiunta considerazione desumendosi l’intendimento del giudice, quale peraltro potrebbe di qui a breve trovare ulteriori conferme e svolgimenti.

Tutto ciò posto, voglio nondimeno sperare che il seme gettato con le decisioni del 2009 (specie con la seconda) non debba considerarsi perduto ma che possa, alla prima occasione utile, essere nuovamente ripreso e coltivato, con la stessa cura che la Corte ha saputo dedicare – quando ha voluto – a tutto quanto può dar frutto e beneficio ai bisogni elementari dell’uomo.

2. I due punti fermi riguardanti gli oneri incombenti sui giudici e i due punti relativi ai compiti che la Corte affida a se stessa

Ma vediamo più da presso su quali punti la Corte ferma oggi, in modo deciso, l’attenzione.

Due quelli che la Corte considera fermi per ciò che attiene agli oneri incombenti sui giudici comuni e due ugualmente quelli riguardanti il comportamento che la Corte stessa ritiene di dover tenere una volta chiamata a pronunziarsi sulle antinomie tra CEDU e legge.

¹ Fatta oggetto di molti e varî, per impostazione e svolgimenti, rilievi la questione relativa al modo con cui poter “misurare”, senza soverchie incertezze, il grado d’intensità della tutela (in argomento, di recente, AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2010 e A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il “dialogo” tra le Corti*, in www.giurcost.org e in corso di stampa negli *Atti* relativi al Convegno del Gruppo di Pisa su *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 giugno 2010, nonché, volendo, il mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 1/2011).

² Sulla dignità quale bilancia sulla quale si pongono i beni bisognosi di bilanciamento, v. G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; contrario, però, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carllassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Napoli 2009, 1060 ss., a cui opinione la stessa dignità è passibile di bilanciamento. In argomento, tra i molti altri (e di recente), M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze 2010; G. RESTA, *La dignità*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, Milano 2010, 259 ss. e, nello stesso *Trattato*, T. PASQUINO, *Dignità della persona e diritti del malato*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti-E. Palermo Fabris-P. Zatti, Milano 2010, 543 ss.; A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona*, Madrid 2010; M. BOROWSKY, *Würde des Menschen*, in AA.VV., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, a cura di J. Meyer, Baden-Baden 2011, 85 ss. Infine, volendo, anche i miei *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale, e Dignità versus vita?*, entrambi in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

I primi.

Grava, innanzi tutto, sul giudice l'obbligo di far luogo all'interpretazione della legge in senso conforme a Convenzione, "avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione"³. Qui, è palese la sollecitazione rivolta ai giudici a produrre ogni sforzo – e, forse, di più ... – al fine di riconciliare per via d'interpretazione gli enunciati in campo⁴. Non riuscendovi – ed ecco il secondo punto –, viene fatto obbligo ai giudici di adire la Corte: nessuno spazio residuerebbe, dunque, per l'eventuale applicazione diretta della CEDU, pure ventilata in dottrina e praticata da qualche giudice "ribelle"⁵.

I secondi.

Per un verso, la Corte si considera non abilitata (così come considera inabilitati i giudici comuni) a "sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte europea"; per un altro verso, poi, una volta accertato il contrasto della CEDU stessa rispetto alla Costituzione⁶ e stante la collocazione della Convenzione "a un livello sub-costituzionale", se ne ha la esclusione della "idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato"⁷.

Tre, nei concetti ora succintamente evocati, le note salienti.

La prima è la drastica chiusura a possibili, ancorché marginali, scostamenti dalle interpretazioni affermatesi a Strasburgo. La Corte qui non fa più appello, come invece in passato, alla "sostanza" di siffatte interpretazioni; formula che aveva indotto più d'un commentatore ad ipotizzare che le interpretazioni stesse non dovessero essere prese per oro colato e che piuttosto si desse appunto uno spazio, ancorché circoscritto, per una qualche differenziazione⁸. Né distingue tra interpretazioni ormai consolidate, costitutive cioè di un chiaro ed indiscusso "diritto vivente" ed interpretazioni invece incipienti o, come

³ In fatto d'interpretazione conforme a CEDU è venuta col tempo a formarsi una vera e propria messe di scritti: faccio qui richiamo solo ai contributi di AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Torino 2009; alle dense riflessioni di E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano 2010, 97 ss. e R. CONTI, *La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011, nonché, ora, A. CIERVO, *L'interpretazione adeguatrice come criterio di risoluzione dei contrasti ermeneutici tra ordinamento interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili dottrinali e giurisprudenziali*, in www.federalismi.it, 5/2011 e A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir.*, Ann. 2010, in corso di stampa, spec. par. 13 lett. b). Infine, se si vuole, anche il mio *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁴ Pur nel fermo richiamo alla fedeltà al testo, dalla stessa Corte in più d'una occasione rinnovato, è ormai provata la esistenza di non infrequenti scostamenti da esso. Si assiste allora a quella che, ancora di recente, ho denominato l'applicazione diretta "mascherata" (o impropria) della CEDU, quale si ha ogni qual volta l'operatore, pur dichiarando di applicare la legge, così come "interpretata" alla luce della CEDU stessa, in realtà la mette puramente e semplicemente da canto, ovverosia ne manipola la sostanza normativa facendo appello ad istanze riconducibili alla Convenzione e, dunque, a conti fatti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo [v., dunque, il mio *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in www.forumcostituzionale.it. A taluni casi "sospetti" di manipolazione per via d'interpretazione si è, non molto tempo addietro, riferita anche E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratore-collaborativo*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di F. Modugno*; infine, P. GAETA, *"Controllo di convenzionalità" e poteri del giudice nazionale: i difficili approcci dell'ermeneutica giudiziale*, relaz. all'incontro di studio su *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, organizzato dal C.S.M. in occasione del ventennale della morte di Rosario Livatino, Agrigento 17-18 settembre 2010, in *paper*].

⁵ Su ciò, v., da ultimo, nuovamente, la mia *op. ult. cit.*

⁶ Ipotesi, nondimeno, che ancora una volta si dichiara esser "eccezionale" (così pure in sent. n. 93 del 2010).

⁷ Tutti i riferimenti testuali sono ripresi dal punto 2 del *cons. in dir.*

⁸ Peraltro, la più avvertita dottrina ha, con dovizia di argomenti, rilevato come la rigidità d'indirizzo della nostra Corte sul punto vada oltre gli stessi *desiderata* della Corte europea: v., dunque, con profitto, sopra tutti, R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it, 6/2010, e, ora, *La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, cit.).

che sia, oscillanti, laddove cioè possa ugualmente darsi l'opportunità per applicazioni della CEDU in ambito interno – come dire? – “modellate” sul caso e perciò in una qualche misura originali.

La seconda è la perentoria affermazione che porta ad una ordinazione di tipo verticale delle norme convenzionali rispetto alla Costituzione. Per un verso, è opportuna la rimozione dell'ambiguità presente in precedenti pronunzie, segnatamente nel punto in cui, malgrado siffatta sistemazione gerarchica, si dichiarava che, per effetto della integrazione del parametro costituzionale, “da questo [la norma convenzionale] ripete il suo rango nel sistema delle fonti”⁹. Per un altro verso, tuttavia, non si fa più parola a riguardo del fatto che possono darsi circostanze in cui talune norme convenzionali, ancorché prodotte da un documento in sé “subcostituzionale”, si vedono ugualmente innalzate di grado (e, a mia opinione, provviste di efficacia diretta), come laddove risultino coincidenti con norme internazionali generalmente riconosciute o con altre norme “paracostituzionali”, quali quelle dell'Unione europea (e, in ispecie, con norme della Carta di Nizza-Strasburgo: ma, su ciò, più avanti).

Insomma, la prospettiva – come si segnalava nelle notazioni introduttive – rimane quella che *sempre e comunque* si volge verso la *fonte*, per ciò che essa è per natura, da ciò quindi derivandone il grado e gli effetti delle sue norme, non già quella che punta direttamente alle *norme* stesse, interrogandosi a riguardo delle loro complessive proprietà (mi piace qui nuovamente dire, della loro “qualità”), in rapporto alle pretese del caso ed al modo, vario in ragione del caso stesso, in cui esse si pongono davanti ai valori.

La terza è la sibillina affermazione per cui l'effetto conseguente all'eventuale, acclarato, contrasto tra CEDU e Costituzione è dato dalla inidoneità della prima ad integrare la seconda. La qual cosa potrebbe invero far pensare (e... sperare) che non si pervenga alla caducazione della norma convenzionale (come di consueto, per il tramite della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*”) bensì al suo mero accantonamento *per quel caso*, vale a dire alla qualifica della sua *irrelevanza* giuridica per il caso stesso¹⁰. Se ne avrebbe – a me pare – un vantaggio di non poco conto, sol che si pensi che, per effetto della dichiarazione d'incostituzionalità, secondo quanto è ormai invalso nella pratica giuridica col benevolo avallo offertovi dalla dottrina corrente, cade la *norma* e cade il *testo*, in *ogni* suo possibile significato¹¹, laddove la mera disapplicazione (o, meglio, la “non applicazione”) resta comunque circoscritta al singolo caso¹².

⁹ Così, ancora Corte cost. n. 317, cit.

¹⁰ Mi rifaccio qui nuovamente ad una proposta che ho a più riprese affacciato (a partire da *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, par. 4, e *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali*, cit., par. 3).

¹¹ ... confondendosi pertanto, a mia opinione inammissibilmente, l'effetto di annullamento con quello di abrogazione (e, segnatamente, di abrogazione nominata), con pregiudizio grave del principio della separazione dei poteri, che vorrebbe piuttosto tenuta sempre ferma la tipicità dei ruoli, rispettivamente, giocati dal legislatore e dal giudice (sia pure da un giudice peculiare, qual è la Corte).

¹² Come si vede, si tratta di trarre qui profitto dalla esperienza maturata sul terreno dei rapporti col diritto dell'Unione, a ruoli però invertiti, la “non applicazione” giocando stavolta a beneficio del diritto nazionale. Ho poi avuto modo di rilevare nel mio scritto da ultimo cit. che la soluzione ora patrocinata potrebbe con uguale profitto estendersi altresì al caso di superamento dei “controlimiti” da parte del diritto dell'Unione, senza dunque passare attraverso la dichiarazione d'incostituzionalità della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*”, dichiarazione che comunque determinerebbe l'effetto dell'annullamento della norma di origine esterna. Come dire, insomma, che all'esito di un'operazione di bilanciamento tra il costo (l'incisione a carico di uno o più principi di base dell'ordinamento costituzionale) e il beneficio (il servizio recato ad altri principi) conseguenti all'ingresso in ambito interno della norma convenzionale, l'opzione può talora cadere, secondo ragionevolezza, sul primo corno dell'alternativa (ma, su ciò, maggiori ragguagli più avanti).

3. *Lo scenario dei rapporti tra diritto interno e CEDU (e la stessa Carta di Nizza-Strasburgo) dopo Lisbona: in specie, la perdurante, secca esclusione della “copertura” fatta alla Convenzione dall’art. 11 cost.*

Dopo aver riassunto, con talune semplificazioni a parer mio eccessive, il proprio punto di vista a riguardo della condizione della CEDU in ambito interno, la Corte si interroga se essa sia da considerare mutata per effetto dell’entrata in vigore del trattato di Lisbona. È questa la parte, forse, più delicata della pronunzia, quella in cui si affrontano talune questioni ad oggi animatamente discusse in dottrina e fatte oggetto di instabili e divergenti orientamenti giurisprudenziali.

La Corte si mostra avvertita del fatto che la messa a punto dei rapporti tra CEDU e diritto dell’Unione precede e condiziona il modo di essere dei rapporti tra la CEDU stessa e il diritto interno, vale a dire le forme del giuridico rilievo della Convenzione in ambito nazionale. *In nuce*, si tratta di stabilire se sia appropriato discorrere di una “trattatizzazione” – come la stessa Corte, con termine per vero non del tutto felice ancorché immediatamente evocativo, la chiama – della Convenzione, veicolata così in ambito interno ed idonea ad essere portata – ricorrendone le condizioni¹³ – ad immediata applicazione, al pari delle norme della Carta di Nizza-Strasburgo e delle norme dell’Unione in genere aventi carattere *self-executing*.

Tiene, in primo luogo, a rinnovare la propria contrarietà ad ammettere la “copertura” dell’art. 11 cost. a beneficio delle norme convenzionali, invece reclamata – come si sa – da non poca dottrina; proprio in ciò, dunque, si spiega l’insistenza della Corte sul punto, che adduce tre argomenti a sostegno della propria tesi.

Per un verso, rammenta che il Consiglio d’Europa, cui fa capo la CEDU, è “una realtà giuridica, funzionale e *istituzionale* distinta dalla Comunità europea”¹⁴. La qual cosa, com’è chiaro, nessuno contesta; solo che è tutto da dimostrare che l’art. 11 si riferisca unicamente – com’è stato sin qui – ai trattati comunitari ed alle loro successive modifiche: quasi che il Costituente abbia voluto consegnarci un *principio fondamentale-fotografia*, una norma spendibile a beneficio di un solo soggetto internazionale e di nessun altro! Si aggiunga che, col richiamo al passo sopra fedelmente trascritto¹⁵, la Corte ancora una volta sottolinea il carattere “istituzionale” dell’ente beneficiario delle limitazioni di sovranità, di cui è parola nell’art. 11, con ciò (contrariamente al suo avviso) spianando la via per il riconoscimento della “copertura” suddetta, la cui esistenza dunque può esser predicata non già a protezione di *qualunque* Carta dei diritti bensì unicamente di quelle, come appunto la CEDU, che si fanno riportare ad “istituzioni” idonee ad essere beneficiarie delle limitazioni stesse¹⁶.

Per un altro verso, la Corte riconosce l’attitudine della CEDU a porsi quale fonte dei “principi generali del diritto comunitario”, in virtù di quanto a suo tempo disposto dall’art. 6 del trattato sull’Unione rimasto in vigore fino alla sua sostituzione ad opera del trattato di Lisbona (ed ora pure da quest’ultimo); tiene, nondimeno, a mettere in chiaro che il giuridico rilievo a tal fine posseduto dalle norme convenzionali rimane circoscritto ai soli

¹³ Non è infatti detto che sempre lo sia, così come non è detto che lo sia la Carta di Nizza-Strasburgo, nella parte in cui esprime norme sostanzialmente coincidenti con quelli convenzionali, per quanto viene da pensare che la giurisprudenza di Lussemburgo si orienti con decisione nel senso di dar modo alle norme stesse di essere portate ad immediata applicazione. Il punto, nondimeno, richiede un approfondimento teorico che qui non è consentito e verifiche alla luce dell’esperienza di cui è parimenti altra la sede.

¹⁴ Mio, ovviamente, il corsivo.

¹⁵ ... dal par. 5.1. del *cons in dir.*, a sua volta preso di peso dalla giurisprudenza del 2007.

¹⁶ Ho invitato a fermare l’attenzione sul punto sin dal mio primo commento alle sentenze “gemelle” del 2007: v., dunque, volendo, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it.

ambiti in cui lo stesso diritto comunitario (ieri) e (oggi) il diritto – piace a me dire – “eurounitario”¹⁷ è applicabile, in forza del riparto delle competenze tra Unione e Stati.

Il punto richiede un momento di attenzione e sollecita ad una duplice osservazione.

Che si dia il riparto di competenze in parola, ovviamente, non si discute. La stessa Carta di Nizza-Strasburgo – come pure la Corte non trascura di far notare – può valere unicamente entro l'*hortus conclusus* delle materie dai trattati riconosciute essere di spettanza dell'Unione. Solo che, da un canto, il campo in parola ha confini non nettamente definiti, comunque in visibile, continua espansione, una espansione testimoniata da una giurisprudenza sovranazionale ormai nutrita, che proprio sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali appare connotata da forte attivismo¹⁸. Da un altro ed ancora più rilevante canto, poi, il significato del riparto in parola si apprezza, pur nei limiti appena indicati (e con tutta una serie di avvertenze delle quali non può qui farsi parola¹⁹), specificamente *al piano della teoria delle fonti; al piano però della teoria dell'interpretazione*, pensare di tenere nettamente distinti campi materiali e competenze è, a dir poco, forzato ma, in realtà, a conti fatti, impossibile e, comunque, ingenuo. D'altronde, se ne hanno continue, univoche riprove dai richiami “circolari” che le giurisprudenze si fanno a vicenda, che già si facevano – come si sa – ancora prima dell'entrata in vigore della Carta di Nizza-Strasburgo e che sempre di più, in modo inesausto e anzi crescente, seguiranno verosimilmente ed opportunamente a farsi.

Va detto con chiarezza, una buona volta per tutte. I percorsi e gli esiti della teoria delle fonti, di una certa teoria delle fonti, d'ispirazione formale-astratta, nella quale dottrina e giurisprudenza correnti si riconoscono²⁰, divergono sensibilmente dai percorsi e dagli esiti della teoria dell'interpretazione: che è – come si sa – refrattaria a farsi ingabbiare entro schemi costrittivi, fatti di linee verticali con le quali si stabiliscono in modo netto i confini dei campi materiali di questo o di quell'ente, e che piuttosto si immette in un circolo, nel quale da se medesima si ricarica e senza sosta rinnova, sfruttando tutti i materiali normativi utilizzabili e tutte le risorse di cui dispone, senza alcuna aprioristica esclusione: sempre e solo avendo di mira il caso, coi suoi non di rado plurimi beni della vita bisognosi di protezione, comunque di attenzione, con l'umanità spesso dolente e tuttavia mai rassegnata che se ne fa portatrice e che fiduciosa si rivolge ai giudici (a quelli comuni, in primo luogo²¹, e secondariamente, ove gliene sia data l'opportunità, alle stesse Corti

¹⁷ L'etichetta è stata da me conosciuta in *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2010, 125 ss., ed è stata quindi ripresa anche da altri.

¹⁸ Per tutti, M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura della stessa C., Bologna 2007, 13 ss.

¹⁹ Si pensi solo all'incidenza esercitata dall'attivazione del meccanismo della sussidiarietà ed alla sostanziale ridefinizione di materie e competenze che essa comporta, specie laddove giochi a beneficio dell'Unione.

²⁰ ... e nella quale però, per quanto mi riguarda, fatico non poco a riconoscermi, ed anzi non mi riconosco affatto.

²¹ Opportuni rilievi a riguardo delle responsabilità, morali prima ancora che giuridiche, gravanti sui giudici comuni, responsabilità fattesi viepiù crescenti per effetto dell'apertura della Carta costituzionale al diritto internazionale e sovranazionale, sono negli studi di R. CONTI, dietro già richiamati, specie nella sua corposa monografia su *la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, appena venuta alla luce. Sul ruolo che la magistratura comune è in grado di giocare a salvaguardia dei diritti, v., ora, utilmente, anche A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, cit.

“costituzionali”, sia nazionali che europee²²) per avere giustizia, una giustizia vera, effettiva e soprattutto... *giusta*²³.

Quanto, infine, al terzo argomento addotto nella pronuncia qui annotata avverso la “copertura” dall’art. 11 data alle norme convenzionali, la Corte si limita a riprodurre un noto passo della sent. n. 349 del 2007, nel quale si dice che il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti nazionali è “variamente ma saldamente disciplinato” da questi ultimi. Solo che, per un verso, si fatica a comprendere perché mai da ciò debba inferirsi la impossibilità di spendere lo stesso art. 11 quale canone idoneo a dare (o, meglio, a concorrere a dare) la disciplina in parola, mentre per un altro ed ancora più risolutivo verso non si capisce la ragione per cui altri principi fondamentali ancora (e, segnatamente, quelli di cui agli artt. 2 e 3²⁴) non possano essere evocati in campo a “copertura” della CEDU.

Qui è, a me pare, il cuore della questione ora nuovamente discussa.

La Corte, da un lato, ambienta – come si è venuti dicendo – in prospettiva formale- astratta il suo articolato ragionamento, lasciando proprio le norme di maggior pregio e valenza, siccome espressive dei principi fondamentali, fuori della cornice entro cui si situano, dal punto di vista del diritto interno, le relazioni interordinamentali e se ne possono cogliere le più salienti movenze; dall’altro (e proprio per ciò), mostra di non apprezzare fino in fondo le risorse della teoria dell’interpretazione, segnatamente dell’*interpretazione sistematica*, la quale poi, nella sua più densa e genuina accezione, si rende tangibile proprio (e in primo luogo) nelle sue applicazioni interne alla trama costituzionale, ancora prima che a quelle pure con profitto riscontrabili al piano dei rapporti tra enunciati costituzionali ed enunciati di altri documenti normativi, di origine tanto esterna che interna.

Di contro, se la Corte, in questa così come in altre occasioni, avesse portato a galla le implicazioni che, numerose e dense, si hanno tra gli enunciati di valore e sostantivi in genere della Carta costituzionale, così come tra questi e quelli della parte organizzatoria (e, tra di essi, il I c. dell’art. 117), avrebbe potuto rivedere sotto una luce diversa la collocazione della CEDU in ambito interno, la sua attitudine ad innalzarsi, per effetto della

²² Intendo ed adopero qui il termine “costituzionale” *in senso materiale*, siccome riferito ad ogni Corte che si faccia cura del cuore pulsante della Costituzione, nell’accezione fedele alla tradizione liberale, vale a dire dei diritti fondamentali. Una qualità questa che, per un verso, può esser predicata con riguardo agli stessi giudici comuni, essi pure chiamati all’assolvimento per la loro parte di compiti di “giustizia costituzionale”, sia prima che dopo l’eventuale verdetto delle Corti *stricto sensu* costituzionali (specie al fine del suo ottimale implemento nell’esperienza), e, per un altro verso, connota il quotidiano operare delle Corti europee, malgrado queste ultime esibiscano una complessiva e complessa natura, non in tutto accostabile a quella propria dei tribunali costituzionali. E, invero, malgrado talune perduranti oscillazioni ed anche qualche non rimossa ambiguità, dovuta alla loro origine, al contesto in cui si situano ed operano, alla loro composizione (e ad altro ancora), le Corti europee sempre di più vanno conformandosi nel segno marcato della “costituzionalità” della loro azione [su tutto ciò, maggiori ragguagli possono aversi da O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010, spec. 451 ss.; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico e O. Pollicino, Groningen 2010 e, infine, da E. MALFATTI, *L’“influenza” delle decisioni delle Corti europee sullo sviluppo dei diritti fondamentali (e dei rapporti tra giurisdizioni)*, in AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell’evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, a cura di G. Campanelli-F. Dal Canto-E. Malfatti-S. Panizza-P. Passaglia-A. Pertici, Torino 2010, 165 ss.].

²³ *Proprio per ciò*, non sarebbe forse male tornare a riflettere a riguardo del fatto che una giustizia tardiva (ed... *eventuale*), quale quella costituzionale, non sempre può valere allo scopo di un’adeguata salvaguardia dei diritti, laddove maggior beneficio – *perlomeno in alcuni casi* – può aversi da quel meccanismo di applicazione diretta della CEDU al quale tuttavia la Corte si ostina a non voler concedere spazio alcuno (notazioni critiche sul punto, ancora in R. CONTI, nell’*op. ult. cit.*, nonché, volendo, ora nel mio *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU*, cit., e già in altri scritti).

²⁴ Sulle mutue implicazioni che tra i principi in parola si intrattengono e sulla loro formidabile capacità di pervasione dell’esperienza giuridica, una densa riflessione è stata, non molto tempo addietro, svolta da G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009.

“copertura” offerta dagli artt. 2 e 3²⁵ ancora prima degli artt. 10 ed 11 (e, comunque, nel loro fare “sistema” con essi)²⁶, dalla condizione di fonte “subcostituzionale”, una condizione riconosciuta come invariante pur nel variare delle *norme*, della loro attitudine a servire a un tempo i valori e i beni della vita evocati dal caso ed a prestarsi – almeno in talune congiunture – ad esser subito applicate al caso stesso.

4. *La mancata “trattatizzazione” della CEDU, dalla quale nondimeno non discende la chiusura alla sempre possibile integrazione e alla stessa immedesimazione delle Carte (Costituzione inclusa) nei processi interpretativi, nonché al loro paritario bilanciamento per le esigenze del caso e secondo valore*

Dopo Lisbona, precisa la Corte²⁷, la tutela dei diritti fondamentali resta demandata a tre fonti distinte: la Carta di Nizza-Strasburgo, la CEDU, i “principi generali” desunti dalla CEDU stessa e dalle “tradizioni costituzionali comuni” agli Stati membri. Aggiunge quindi che la pretesa della parte privata fondata sulla supposta “trattatizzazione” della CEDU non merita accoglimento, per la elementare ragione che l’adesione a quest’ultima da parte dell’Unione non si è ancora perfezionata.

Nulla da eccepire al riguardo; scorretta, dunque, la lettura datane a suo tempo dal TAR Lazio (e però confutata dal TAR Lombardia), secondo quanto la più avveduta dottrina non ha mancato prontamente di rilevare²⁸. Ciò nondimeno, va ancora una volta avvertito della formidabile attitudine delle fonti suddette ad integrarsi, fino a sostanzialmente immedesimarsi, nei processi interpretativi, così come è stato peraltro da tempo rilevato dalla stessa Corte costituzionale²⁹. Ciò che poi – come pure si è sopra rammentato a

²⁵ Si è fatto notare da un’autorevole dottrina (S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2/2008, 297 ss. e così pure, ora, G. SILVESTRI, *I rapporti tra diritto interno e diritto internazionale: l’efficacia della CEDU nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Quad. n. 20 - Seminario 2009* dell’Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Torino 2010, 70) che la giurisprudenza inaugurata nel 2007 non ha fatto riferimento all’art. 2 unicamente in quanto quest’ultimo non è stato evocato in campo dalle autorità remittenti. In disparte però la circostanza per cui non fanno difetto i casi in cui la Corte ha, all’occorrenza, riformulato i termini della questione, nel momento in cui la Corte stessa si è meticolosamente dedicata – come ha appunto fatto nella pronuncia qui annotata – alla ridefinizione del quadro complessivo delle relazioni interordinamentali, avrebbe di certo potuto far richiamo alle norme che più di ogni altra si legano a filo doppio ai principi fondamentali che danno l’apertura al diritto internazionale e sovranazionale, dandone anzi la prima e più solida giustificazione. Se non altro, sarebbe stato questo un utile suggerimento per la pratica giuridica, di cui le autorità remittenti avrebbero potuto (e un domani potrebbero) fare tesoro. Come che sia di ciò, poiché pendono – come si sa – delle questioni riguardanti supposti contrasti tra leggi nazionali e CEDU, in relazione ai quali gli artt. 2 e 3 sono espressamente evocati, staremo a vedere se finalmente la Corte richiamerà i disposti in parola a “copertura” della Convenzione. Credo che il primo banco di prova sarà dato dalle questioni aventi ad oggetto il divieto di accesso alla procreazione eterologa.

²⁶ Il riferimento all’art. 10 – come ha, ancora da ultimo, opportunamente rilevato G. SILVESTRI, nello scritto sopra cit., 67 – non è stato dalla Corte escluso; semplicemente, non v’è stata – a quanto pare – finora occasione di fare utilizzo di norme convenzionali sostanzialmente riproduttive (o “razionalizzatrici”) di norme consuetudinarie della Comunità internazionale. Non è poi inopportuno precisare che in un caso di riproduzione siffatta, la Corte potrebbe far subito applicazione della CEDU, sempre che però previamente si aderisca alla tesi (nella quale da tempo mi riconosco: v., infatti, il mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, Torino 2009, 210 ss.) secondo cui le antinomie tra norme legislative e norme internazionali consuetudinarie possono essere risolte a mezzo dell’immediata applicazione di queste ultime, non già attraverso la denuncia delle prime davanti alla Corte per incostituzionalità.

²⁷ V., part., il punto 5.2 del *cons. in dir.*

²⁸ Per tutti, R. CONTI, nel suo *commento* alla pronuncia del maggio 2010 del TAR Lazio, n. 11984, in *Urbanistica e appalti*, 12/2010, 1480 ss. (ed *ivi* altresì richiamo a TAR Lombardia, 15 settembre 2010, n. 5988).

²⁹ Il riferimento è soprattutto alla citatissima sent. n. 388 del 1999, nella parte in cui limpidamente si afferma che Costituzione e Carte internazionali dei diritti (e, dunque, CEDU) “si integrano, completandosi

riguardo della condizione della Carta di Nizza-Strasburgo prima della sua formale entrata in vigore – si ha persino laddove un documento normativo non possa ancora considerarsi giuridicamente *efficace* e tuttavia sia ugualmente *rilevante*.

La Carta di Nizza-Strasburgo per una parte, la CEDU per un'altra, possono perciò offrirsi a letture rinnovate del diritto interno, al di là dunque di ogni possibile sbarramento dettato dalla "logica" della separazione tra gli ordinamenti su basi materiali. Anche per quest'aspetto (anzi, direi, soprattutto per esso), si coglie il formidabile potenziale espressivo dell'interpretazione conforme, possono cioè apprezzarsene le sue non comuni risorse spendibili a beneficio dei diritti. Una interpretazione, poi, che – una volta che si convenga a riguardo della comune "copertura" offerta dagli artt. 2 e 3, unitamente agli artt. 10 e 11, alla CEDU, alla Carta dell'Unione, agli stessi enunciati della Carta costituzionale che danno il primo e diretto svolgimento ai principi fondamentali in parola –, laddove si volga verso il diritto internazionale e sovranazionale, finisce interamente col risolversi nella stessa interpretazione conforme a Costituzione.

Il punto è di cruciale rilievo. Se le Carte si tengono *tutte*, in una non differenziata né differenziabile misura, dai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale³⁰, è di tutta evidenza – a me pare – che le eventuali, ancorché "eccezionali", antinomie tra di esse non possano che risolversi in un conflitto di un valore costituzionale con... *se stesso*³¹, richiedendo pertanto di essere ripianate con la logica usuale del bilanciamento secondo il caso. I *bilanciamenti interordinamentali*, insomma, si convertono *ipso facto ed optimo iure* in *bilanciamenti endocostituzionali*, senza alcuna aprioristica esclusione o graduatoria tra i materiali normativi in campo³². E, poiché – come insegna la Corte – prevenire è meglio che reprimere, anche l'interpretazione "*conforme a...*" appare essere, allo stesso tempo, *una e trina*: plurimi i versi di marcia percorribili, i materiali normativi cioè verso cui essa naturalmente si volge, ma una la meta, che – come dovrebbe esser ormai chiaro – è data dalla convergenza dei processi interpretativi, fino alla loro sostanziale immedesimazione, alla loro *reductio ad unum*, siccome uno è il punto da cui tutte le interpretazioni si alimentano, il *punto costituzionale*.

5. Una succinta notazione finale: la sostanziale inattaccabilità della disciplina normativa relativa al difetto di pubblica udienza nei procedimenti davanti alla Cassazione, ovvero una nuova "zona franca" (o "d'ombra") della giustizia costituzionale

Non saprei ora dire – come confessavo al principio di questa breve annotazione – se un'interpretazione conforme a Costituzione così intesa, nella sua struttura internamente articolata e composita, giustifichi l'esito della causa nel merito. La Corte si appoggia all'opera di adeguamento del diritto nazionale a Convenzione fatta con la sent. n. 93 del 2010 e si sente dunque a posto con se stessa per aver comunque riconosciuto ai soggetti

reciprocamente nella interpretazione".

³⁰ Tesi, questa, che non può essere rimessa in discussione, una volta adottato quale punto di osservazione delle dinamiche interordinamentali quello della *nostra* Costituzione; ma, la conclusione non diverge nella sostanza anche dal punto di vista esterno, proprio degli ordinamenti di appartenenza della CEDU da un canto, della Carta di Nizza-Strasburgo dall'altro, dal momento che le stesse Carte in parola dichiarano di volersi affermare in ambito interno unicamente a condizione di poter offrire un accresciuto servizio ai diritti fondamentali rispetto a quello offerto dagli stessi ordinamenti nazionali (non si dimentichi, poi, il rilievo assegnato alle "tradizioni costituzionali comuni" e, in base alla previsione dell'art. 4 del trattato di Lisbona, agli stessi principi di struttura propri di ciascuno Stato membro).

³¹ ... e, anzi, dell'intero "sistema" dei valori con se stesso, ove si convenga che la "copertura" non discenda – come si è venuti dicendo – alle Carte dal solo art. 2.

³² Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili*, cit., dove sono pure richiami di dottrina diversamente orientata.

del processo la facoltà di chiedere la pubblica udienza nei gradi di merito; la qual cosa – fa conclusivamente notare la Corte – è sufficiente ad escludere il contrasto della disciplina nazionale rispetto alla CEDU³³.

In fin dei conti, dice la Corte, se la garanzia è venuta meno è colpa della stessa parte interessata che avrebbe potuto, nelle fasi di merito del processo, avanzare istanza di trattazione in forma pubblica del procedimento a suo carico. Peccato che al tempo non fosse ancora uscita Corte cost. n. 93 del 2010...

Detto altrimenti, *imputet sibi* la parte se non ha sollevato analoga questione a tempo debito; come dire che la norma preclusiva della pubblica udienza in Cassazione non è praticamente sottoponibile – né oggi né mai – al giudizio di costituzionalità, il diritto di difesa trovando per questa parte intero o, come che sia, soddisfacente appagamento nelle fasi di merito³⁴.

Ancora una “zona franca” (o, quanto meno, “d’ombra”³⁵) della giustizia costituzionale?

³³ Non si trascuri poi la circostanza per cui, a rinforzo della decisione ora adottata, sta il fatto che la richiesta avanzata dall’autorità remittente, pur provenendo dallo stesso organo di nomofilachia, appariva divergente dal “diritto vivente”, quale affermatosi nella “prevalente giurisprudenza di legittimità” (significativo, a me pare, questo passaggio, pur fugacemente fatto all’inizio del punto 6.1. del *cons. in dir.*, nel quale la Corte rileva l’intrinseca debolezza della questione, a motivo del suo porsi in conflitto col consolidato orientamento della stessa Corte di Cassazione. Su ciò, sarebbe nondimeno opportuno un supplemento di riflessione, in altra, e a ciò specificamente dedicata, sede).

³⁴ ... e fatta tuttavia pur sempre salva l’eventuale, futura estensione del regime di pubblicità, a discrezione del legislatore.

³⁵ V., infatti, sotto questo titolo gli esiti di due incontri di studio voluti dal Gruppo di Pisa: *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Torino 2007, e *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull’ammissibilità del referendum abrogativo*, a cura di R. Pinardi, Torino 2007.