

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA TRE
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



Corso di dottorato di ricerca in Discipline Giuridiche
Sezione Sistemi punitivi e garanzie costituzionali
Area Diritto costituzionale
- XXIX ciclo -

Tesi di dottorato

*La massimizzazione dei diritti fondamentali alla prova
del costituzionalismo pluralista*

Tutor: Prof. Paolo Carnevale

Candidata: Ilaria Del Vecchio

Coordinatore: Prof. Giuseppe Grisi

Anno accademico 2016-2017

Alla mia famiglia

In un'antropologia costituzionale la staticità delle connessioni sociali appare destinata al nichilismo perché non è dato conservare senza aggiungere niente di innovativo all'esistente; ma sembra sfociare nel nichilismo anche un ideologismo rivoluzionario illuso di poter raggiungere armonie generali attraverso conflittualità generalizzate e di accrescere indefinitamente la ricchezza sociale distruggendo indiscriminatamente i patrimoni storici accumulati.

A. Zanfarino, *Costituzionalismo e formalismo*, 2013

Indice

Abstract in italiano	p. 8
Abstract in inglese	p. 10
Abstract in spagnolo	p. 12

Premessa

Oggetto e metodologia della ricerca	p. 14
---	-------

Capitolo I

All'origine del canone

1. Dall'emersione implicita della “massima espansione dei diritti” alla positivizzazione in campo sovranazionale	p. 17
2. Il tema del <i>plus</i> di tutele nel quadro della (ri)definizione dei rapporti tra ordinamenti. Il contributo della Corte costituzionale italiana	p. 25
2.1. Il rapporto tra il diritto nazionale e diritto europeo	p. 25
2.2. Il diverso rapporto con il diritto convenzionale: un primo approccio formalistico.....	p. 27
2.3. <i>segue</i> Il margine di apprezzamento e l'approccio sostanzialistico.....	p. 41
3. Un <i>excursus</i> . La questione dell'adesione dell'UE alla CEDU: il cambio di rotta segnato dal Trattato di Lisbona.....	p. 57
4. <i>segue</i> Il Parere 2/13	p. 66

5. Qualche osservazione p. 71

Capitolo II

La base legale del canone in campo convenzionale

1. L'art. 53 della CEDU p. 73

1.1 I lavori preparatori e le (poche) ricostruzioni dottrinarie dell'articolo p. 73

2. L'apporto della Corte europea dei diritti dell'uomo all'art. 53 CEDU p. 81

2.1. Il carattere sussidiario della tutela convenzionale p. 82

2.2. Il concetto di maggior tutela nella giurisprudenza convenzionale p. 84

2.3. Le opinioni concorrenti e dissenzienti dei giudici della Corte EDU p. 88

3. Qualche osservazione p. 90

Capitolo III

La base legale del canone nel contesto europeo

1. L'art. 53 della CDFUE: una classica clausola di salvaguardia? p. 92

1.1 Lavori preparatori e lettura della norma..... p. 93

2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'art. 53 CDFUE p. 101

2.1. La grande occasione: il caso *Melloni* p. 101

2.2. Una diversa prospettiva: il caso *Åkerberg Fransson* p. 109

2.3. Il canone della massimizzazione alla luce della giurisprudenza della CGUE
..... p. 111

3. Similitudini e differenze delle due norme e diverso ruolo delle Corti p. 119

Capitolo IV

L'approccio massimalista e pluralista a confronto

1. Premessa.....	p. 128
2. L'approccio massimalista e lo standard mobile uniforme	p. 129
2.1. Teoria massimalista in Europa.....	p. 130
2.1.1. Proposizione del problema della divergenza di tutele e standard cumulativo.....	p. 130
2.1.2. Gli standard massimi locali e lo standard massimo universale.....	p. 133
2.2. Teoria massimalista "all'italiana"	p. 135
2.2.1. La creazione di un sistema costituzionale integrato tra interpretazione conforme circolare e primato "retrattile"	p. 136
2.2.2. La massimizzazione come espressione del principio di sussidiarietà	p. 141
2.3. Lo standard uniforme mobile e le sue criticità.....	p. 143
3. L'approccio pluralista e lo standard unico europeo.....	p. 145
3.1. I <i>Rights as Values</i>	p. 146
3.2. Il ruolo dei diritti fondamentali e la proposizione di tre standard di tutela	p. 153

Capitolo V

Le proposte interpretative alla luce dei diversi approcci

1. Premessa.....	p. 157
2. L'art. 53 CDFUE in una visione massimalista	p. 157
2.1. Clausola di risoluzione dei conflitti.....	p. 157

2.2. <i>segue</i> La ricerca del maggiore livello di protezione	p. 159
2.3. Clausola di ingresso nuovi diritti	p. 161
2.4. Clausola di espansione dei diritti esistenti.....	p. 162
2.5. Clausola interpretativa	p. 163
3. L'art. 53 CDFUE in una visione pluralista	p. 165
3.1. Clausola di risoluzione dei conflitti...nei rispettivi ambiti di applicazione.....	p. 165
3.2. <i>segue</i> La creazione di un organo terzo per risoluzione conflitti.....	p. 167
3.3. Clausola dal preminente valore politico	p. 169
3.4. <i>segue</i> Clausola di “standstill”	p. 172
3.5. Clausola pluralista e approccio gianusiano	p. 174

Capitolo VI

Una nuova ipotesi ricostruttiva

1. Profili di criticità e punti di forza delle ipotesi finora esaminate	p. 177
2. Punti fermi: pluralità e pluralismo	p. 181
3. Il necessario bilanciamento... ..	p. 185
4. ...nel segno della massimizzazione (a parziale rilettura dell'art. 53 CDFUE)	p. 189
5. Per concludere: il caso <i>Taricco</i> come esempio di buone e cattive pratiche ..	p. 197
Bibliografia	p. 211

Abstract in italiano

La massimizzazione dei diritti fondamentali alla prova del costituzionalismo pluralista

L'idea di "massimizzazione dei diritti fondamentali" si muove su due binari paralleli che viaggiano in direzioni opposte.

Da un lato, vi è il contesto italiano dove, pur non essendo presente nella Carta costituzionale alcun riferimento al canone delle massime tutele, esso trova un radicato fondamento nella dottrina e una variegata utilizzazione da parte della giurisprudenza costituzionale stessa.

Dall'altro, nel contesto europeo, il processo è inverso: pur in presenza di potenziali appigli normativi ai quali sarebbe forse possibile ricondurre l'approccio massimalista, la dottrina è piuttosto scettica e la giurisprudenza della Corte di giustizia è limitata e ambigua sul punto.

Lo studio vuole integrare le due direttive cercando di cogliere, in un contesto di costituzionalismo pluriordinamentale, le potenzialità insite nel principio richiamato.

Il punto di partenza della ricostruzione sarà la ricerca delle basi legali del canone che, a prima vista, possono essere rintracciate nell'art. 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'articolo omologo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'analisi delle norme, dei lavori preparatori e del contesto nel quale si pongono, però, permetterà di porne in luce le differenze.

Il diverso atteggiarsi dei rapporti tra le tutele nazionali e quelle convenzionali da un lato ed europee dall'altro, infatti, consente di restringere il campo di indagine di una ricerca che si affermi essere incentrata sulla sola massimizzazione.

Si cercheranno, poi, di ricostruire le radici teoriche che fondano le diverse posizioni rispetto alla possibilità di massimizzazione e le conseguenti possibili letture dell'art. 53 CDFUE.

Infine, si fornirà ricostruzione che tenga conto della vera natura dell'ordinamento costituzionale europeo e delle sue caratteristiche peculiari quali, prime fra tutti, la pluralità di fonti e il pluralismo costituzionale.

Questi presupposti obbligano la ricerca di soluzioni che siano in grado di porre rimedio ai potenziali conflitti e, al tempo stesso, non mortifichino l'intessitura complessa della tutela dei diritti nel contesto europeo.

Il passaggio obbligato per la tecnica del bilanciamento (nelle forme del test di proporzionalità davanti alla Corte di giustizia), poi, porterà a ricostruire l'art. 53 CDFUE non come un "politically useful inkblot" né come clausola di deroga parziale al principio del primato del diritto dell'Unione ma, piuttosto, quale stella polare in grado di orientare il giudice verso la massimizzazione dei diritti e, in termini pratici, quale modello decisionale che tenga in debito conto i diversi livelli di tutela.

Abstract in inglese

The Maximisation of the Fundamental Rights within the Constitutional Pluralism

The concept of the ‘maximisation of fundamental rights’ hinges on two parallel elements.

On the one hand, we find the Italian scenario, where - despite not being expressly laid down by the constitution - the notion of maximum protection is deeply rooted in the literature, and widely used in the constitutional case law.

On the other hand, in the European scenario, we observe a reverse reasoning. Despite there seem to be legal tools which could encourage the ‘maximisation’ approach, the literature is fairly sceptical and the case law from the court of justice is scant and ambiguous on this point.

This research seeks to reconcile the two approaches, with the aim of capturing the potential of the ‘maximisation’ notion in a context of cross-country constitutionalism.

The starting point of this exercise will be the research of the legal basis to this principle, which at a first glance can be found in Article 53 of the European Convention of Human Rights (ECHR), and the equivalent Article of the Charter of the Fundamental Rights of the European Union.

However, a deeper investigation of the rules, the preparatory works, and their context, will shed some light on the differences.

The different relationships between the national and the ECHR safeguards, and between the national and the European safeguards, indeed, allow us to focus the analysis exclusively around the notion of maximisation.

The work will then seek to trace the theoretical roots of the various approaches to the maximisation and the different interpretations of Article 53 ECHR.

Finally, the analysis will build on the very nature of the European constitutional framework, and its peculiar features, among which it is worth mentioning the plurality of the Bills of rights and the constitutional pluralism.

Given these premises, we seek to build an analytical framework that will allow to reconcile any potential conflicts, but at the same time will not overlook the rich interweaving of fundamental rights protection in the European context.

The necessary step into this balancing test (in the form of the proportionality test before the Court of Justice) will lead us to rethink Article 53 ECHR no longer as a “politically useful inkblot”, neither as a partial exception to the principle of the primacy of EU law, but rather as a guiding principle that would help the judge maximise the rights. In practice, this will be thought as a decisional method that takes into due account the various safeguard levels.

Abstract in spagnolo

Maximización de los Derechos Fundamentales en el marco del constitucionalismo pluralista

La idea de la “maximización” de la protección de los derechos humanos viaja por vías paralelas y en dirección opuesta.

Por un lado, hay el ordenamiento jurídico italiano en el que, a pesar de la ausencia de referencias a este criterio en la Carta constitucional, cuenta con una teorización doctrinal bien desarrollada y con una amplia utilización por parte de la misma jurisprudencia constitucional.

Por otro lado, en el contexto europeo parece ser lo contrario: no obstante hayan disposiciones normativas que justifiquen la visión “maximalista”, la doctrina jurídica parece ser escéptica al respecto y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es cauta y a veces ambigua en relación con esta tema.

Este trabajo quiere analizar las dos perspectivas, intentando subrayar las potencialidades de la difusión de este criterio en materia de protección de los derechos fundamentales en el actual contexto de constitucionalismo “pluriordinamental”.

La análisis empieza por el examen de los fundamentos legales del canon de la “maximización” que, a simple vista, pueden encontrarse en el art. 53 del Convenio europeo sobre derechos humanos y en su homólogo en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Haciendo una comparación entre las dos Cartas, incluso analizando los trabajos preparatorios y los ordenamientos en los que están ubicados, es todavía posible destacar las diferencias existentes en los dos artículos y, también, entre los dos sistemas de protección de los derechos de la persona en su relación con la tutela nacional de los mismos.

El trabajo se ocupa también de encontrar las raíces teóricas de las diferentes opiniones sobre la posibilidad de utilizar uniformemente el canon de la “maximización”, de forma que se puedan bien entender las diferentes lecturas del art. 53 CDFUE.

En fin, se intentará una reconstrucción del tema que tenga en cuenta la verdadera naturaleza del ordenamiento constitucional europeo y sus características

peculiares: por primero, la pluralidad de las fuentes normativas y el pluralismo constitucional.

Estos presupuestos obligan a tomar posiciones que puedan solucionar los potenciales conflictos entre las diferentes formas de protección de los derechos y, al mismo tiempo, que no mortifiquen las potencialidades de la tutela “multi-nivel” de los derechos en el contexto europeo.

La necesaria ponderación a la que conduce su aplicación, hace del art. 53 CDFUE no un “politically useful inkblot”, ni una cláusula de derogación parcial al principio de la primacía del derecho de la Unión, sino una “estrella polar” en la actuación judicial, que puede sugerir la “maximización” de la protección a través de la aplicación de las normas nacionales, europeas o convencionales que aseguren la mejor tutela de los derechos del individuo.

Premessa

Oggetto e metodologia della ricerca

Il presente lavoro ha a oggetto il concetto di massimizzazione dei diritti fondamentali nella realtà costituzionale odierna.

L'idea di "massimi diritti" trova un radicato fondamento nella dottrina italiana e una variegata utilizzazione da parte della giurisprudenza stessa.

Al contempo, esistono nell'ambito dell'Unione europea appigli normativi ai quali è forse possibile ricondurre lo stesso approccio massimalista alla tutela dei diritti fondamentali.

La scelta dello studio è stata dettata dalla volontà di affrontare un argomento tanto attuale e discusso, quale quello del costituzionalismo multilivello, da una angolazione diversa e in qualche modo inedita.

Con questo non si vuole affermare la completa novità della trattazione, esplorata da illustre dottrina nazionale ed internazionale di cui non si mancherà di tenere conto, ma si mira piuttosto a porre le basi per una analisi monoprospettica che trova qui trasposto il lavoro di questi anni.

Al punto di vista nazionale si è affiancato, infatti, il punto di vista "europeo" in tutta la sua autonomia e rilevanza.

Per l'arricchimento che ha tratto il mio lavoro dalle esperienze di ricerca in contesti diversi da quello italiano sono grata alla Professoressa Teresa Freixes, Ordinaria di Diritto costituzionale europeo all'Università Autonoma di Barcellona, dalla quale ho ricevuto molti spunti in ordine alla teoria della costruzione di uno spazio giuridico europeo dei diritti fondamentali e al Prof. Armin von Bogdandy, Professore di Diritto pubblico all'Università di Francoforte e Main nonché Direttore del Max Planck Institute di Heidelberg, grazie al quale molti dubbi sono sorti comportando rimediazioni e cambi di rotta che spero di aver composto nella maniera più completa possibile in questo scritto. Tale lavoro non avrebbe visto la luce se, fin dal mio primo anno di corso di studi, non avessi incontrato il

Professor Paolo Carnevale, a cui va la mia stima incondizionata e profonda gratitudine.

Il lavoro si articolerà su diversi livelli dettati da quattro grandi questioni, strettamente concatenate: i) Esiste un canone della massimizzazione dei diritti (a livello nazionale – Cap. I –, convenzionale – Cap. II – ed europeo – Cap. III –)? ii) Quali sono i fondamenti teorici delle diverse posizioni? (Cap. IV) iii) Come si traduce questo in ordine alle diverse interpretazioni fornite all’art. 53 CDFUE? (Cap. V); iv) Residua una ipotesi ricostruttiva in grado di valorizzare la vera natura dell’ordinamento costituzionale europeo e attribuisca una qualche portata giuridica all’art. 53 della Carta? (Cap. VI).

Prioritariamente, *sub i*), si cercherà di sistematizzare il canone della massimizzazione dei diritti nel contesto nazionale, in quello della Convenzione europea dei diritti dell’Uomo e, infine in quello europeo avendo cura di non tralasciare l’apporto della giurisprudenza che ha fortemente segnato la portata e l’operatività della regola.

Sul piano interno, infatti, si è soliti ritenere che il principio di “massima espansione dei diritti”¹ sia emergente in modo implicito dalla Costituzione italiana².

Nella dottrina, anche più risalente, si ritiene che vi sia una “presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali”³.

Sul piano sovranazionale, invece, l’esistenza di suddetto canone sembra *prima facie* potersi dedurre tanto dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) tanto dalla Carta europea dei diritti fondamentali (CDFUE).

¹ Quale piccola premessa di metodo, inoltre, è forse appena il caso di sottolineare come nel testo si farà riferimento ai concetti di “massima espansione dei diritti” e “massima espansione delle libertà” intendendo – per diritti e libertà – quelle posizioni giuridiche soggettive che trovano tutela e garanzia nelle norme contenute nelle Carte richiamate. Per non trattandosi di termini sovrapponibili, infatti, si ritiene che il principio “massimalista” li racchiuda entrambi e, pertanto, possano essere valutati in maniera parallela. Sull’etimologia e il diverso e connesso significato dei due termini si v. A. PACE, *Problematica della libertà costituzionale, Parte generale, Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Cedam, Padova 2003, III ed., pp. 2-3. Sull’argomento si v. anche C. COLAPIETRO – M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Giappichelli, Torino 2014, pp. 3-11 e P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2011, p. 3 ss.

² Così G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, p. 3419 il quale richiama la posizione di P. Barile su cui, *amplius*, *infra* cap. I par. 1

³ Cfr. P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p. 41 s.

Entrambi i *Bill of Rights*, infatti, contemplano una clausola generale in base alla quale le disposizioni della Carta/Convenzione non devono essere interpretate in maniera limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti della normative interne o da altre fonti internazionali.

Procedendo, dunque, all'analisi degli articoli contenenti le suddette clausole si analizzerà la portata degli enunciati, apparentemente uguali, e la funzione svolta nei sistemi (convenzionale ed europeo) di riferimento.

Si intende sin da ora evidenziare che l'analisi prioritaria e separata delle due disposizioni mira a chiarire le differenze e a delimitare il campo di indagine del presente lavoro.

Per poter parlare di canone delle massime tutele e prospettare una concreta e proficua applicazione dello stesso, infatti, è necessario delimitare il contesto legale nel quale il canone in parola viene a trovare riconoscimento e individuare gli organi che meglio possono farne uso.

Una volta definito il fondamento normativo, si ricercheranno –*sub ii*) – le ragioni delle contrapposte basi teoriche sulle quali si fondano – *sub iii*) – le possibili letture dell'art. 53 CDFUE.

Infine, in risposta al quesito *sub iv*), si procederà con il tentativo di proporre una ipotesi ricostruttiva del canone, probabilmente meno ambiziosa di altre ma con una maggiore aderenza all'esperienza giuridica europea.

La presente ricerca, infatti, pur non avendo la pretesa di dare una risposta esaustiva ai quesiti proposti, intende circostanziare la questione e offrire, se possibile, alcuni spunti che possano rappresentare degli strumenti fruibili dagli operatori direttamente coinvolti nella tutela dei diritti.

L'obiettivo, dunque, è quello di individuare un solido collegamento tra il concetto di massimizzazione a livello sovranazionale e nazionale in grado di interessare gli interlocutori giuridici collocati nei diversi livelli di tutela dei diritti fondamentali. Passaggio obbligato per il raggiungimento di tale risultato è la riscoperta della teoria italiana della “massima espansione delle libertà” e la rilettura dell'art. 53 della Carta.

Capitolo I

All'origine del canone

1. Dall'emersione implicita della “massima espansione dei diritti” alla positivizzazione in campo sovranazionale

Nel 1984 Paolo Barile parlava di presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali riferendosi all'attitudine dell'interpretazione costituzionale a tendere verso un progressivo ampliamento del novero e della portata dei diritti. Secondo Barile, infatti, non è affatto vero, come talvolta si afferma, che i diritti nascono per loro natura limitati: può dirsi, al contrario, che i diritti nascono «così come li raffigura il diritto positivo, con i soli limiti che la Costituzione eventualmente pone nel mentre li raffigura [...] oppure altrove, in altre norme che, nell'affermare altri principi fondamentali, limitano in qualche modo il diritto stesso»⁴.

L'A. ritiene che la presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali sia «una regola, inespressa nel diritto positivo, ma totalmente pacifica in letteratura, tanto da essere data per presupposto costante dell'interpretazione»⁵. All'affermazione costituzionale di un diritto, si ritiene corrisponda una presunzione di massima ampiezza dello stesso e, parallelamente i soli limiti allo stesso devono essere espressamente previsti dalla Costituzione o ricavati da altre norme costituzionali che, nel formulare altri principi fondamentali, necessariamente ne limitano altri⁶.

Seguendo tale regola, dunque, si deve adottare un'interpretazione estensiva delle norme attributive di diritti e di libertà e, correlativamente, un'interpretazione

⁴ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna 1984, p. 8.

⁵ P. BARILE, *op. cit.*, p. 41.

⁶ In questo senso P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, XIV ed., Cedam, Padova 2013, pp. 457-458.

di stretto diritto positivo delle norme limitatrici al fine di assicurare l'effettività della tutela⁷.

Tale regola, in altre parole, deve costituire «la vera stella polare della navigazione giurisprudenziale in materia di diritti fondamentali»⁸ o, come è stato efficacemente sostenuto una «una sorta di obiettivo verso cui deve tendere l'attività di interpretazione delle formule costituzionali»⁹. Per questo decisivo è il ruolo del giudice e, in particolare, della giurisprudenza costituzionale, che attraverso un'interpretazione evolutiva dei testi attributivi di diritti deve condurre alla massimizzazione delle libertà e dei diritti fondamentali.

Il potenziale “massimizzante” risiede proprio nella pluriforme esperienza ermeneutica¹⁰ che ha come unico limite quello di non poter individuare «altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti»¹¹.

Si rievoca così la nota *querelle* interpretativa sulla natura dell'art. 2 della Cost. come norma a fattispecie chiusa – in cui troverebbero anticipazione e sintesi solo i diritti successivamente codificati dagli articoli 13 ss. Cost.¹² – o come norma a fattispecie aperta in base alla quale l'art. 2 della Cost. si atteggierebbe a valvola di entrata che permette l'inserimento e l'ingresso nella nostra Costituzione di nuovi valori che nel corso del tempo vengono espressi dalla società e dalla coscienza

⁷ La connessione tra la presunzione di “massima espansione delle libertà costituzionali” e la effettività della tutela dei diritti era già presente negli scritti di Barile, il quale sottraendosi alla annosa questione sulla natura programmatica o precettiva delle norme costituzionali, affermava: «i principi programmatici, qualora corrispondano al fine politico della costituzione materiale, sono vere proprie norme giuridiche» (P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica: profilo sistematico*, Barbera, Firenze 1951, p. 48).

⁸ G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, marzo 2006, p. 15.

⁹ Così G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA. VV. *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino 2016, p. 707. Sull'argomento si v. I. MASSA PINTO, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della costituzione*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2001, pp. 1095-1118.

¹⁰ Sulla centralità dell'interpretazione nella tutela dei diritti è nota la posizione di F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995 e, in particolare con riferimento ai diversi canoni ermeneutici ID., *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova 2009. Per una disamina completa del ruolo dell'interpretazione costituzionale sulla tutela dei diritti fondamentali in un ordinamento “multilivello”, si v. T. GUARNIER, *Interpretazione, Costituzione e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, 2014.

¹¹ P. BARILE, *op. cit.*, p. 56 il quale fa riferimento a C. cost., sent. n. 98 del 1979.

¹² Esponenti di spicco di questa tesi sono, tra gli altri A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionale*, cit., *passim*.

collettiva¹³. Secondo Barile, invece, l'art. 2 non sarebbe una fonte di nuovi diritti rispetto a quelli previsti in Costituzione ma avrebbe la funzione di “matrice e garante dei diritti di libertà” conferendo il crisma dell'inviolabilità ai diritti menzionati espressamente o ricavabili dalla Costituzione¹⁴. Seguendo tale impostazione, infatti, non si possono introdurre nell'ordinamento diritti inediti per il sol tramite dell'art. 2 ma si valorizza la capacità espansiva delle singole disposizioni costituzionali tese a tutelare i diritti individuali¹⁵. Allo stesso modo, si ritiene, la lettura congiunta dell'art. 2 con gli appigli costituzionali che riconoscono l'apertura del nostro ordinamento a quello europeo (v., in particolare, art. 11 Cost.) consentirebbe l'espansione anche verso quei “nuovi diritti” di matrice europea purché trovino un implicito ancoraggio nelle disposizioni costituzionali interne.

Quanto finora detto è il presupposto teorico da cui parte il presente lavoro che, va detto sin da ora, non ha come unico campo di ricerca il contesto interno ma – per una scelta ritenuta indispensabile alla vera comprensione del canone – ha un raggio di analisi sovranazionale che si estende però, per le ragioni che si diranno, al solo contesto europeo.

La finalità di questo studio è non solo – e non tanto – quella di riscoprire e valutare l'operatività della regola della massima espansione nell'ordinamento italiano ma piuttosto di proiettarla, con una chiave di lettura costituzionalistica, nell'ambito europeo per metterne in luce a pieno il potenziale.

Vi sono, infatti, diverse ragioni per le quali non è più possibile limitare l'analisi delle potenzialità di detto canone all'alveo nazionale ma è necessario testarlo nel contesto sovranazionale, dove oggi, più che mai, l'attenzione è rivolta

¹³ Cfr. BARBERA A., *Commento all'art. 2 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, Bologna-Roma 1975, p. 59 ss. ma anche A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Encicl. giur. Treccani*, vol. XI, Roma 1989.

¹⁴ P. BARILE, *op. cit.*, p. 56. Come è stato ritenuto questa lettura «distingue la tesi estensiva dell'art. 2 dall'interpretazione estensiva delle norme costituzionali» (così A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino 2013, p. 219).

¹⁵ Nello stesso solco argomentativo è di grande rilievo la posizione assunta da F. MODUGNO, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1994, p. 5 ss. il quale ritiene che i diritti emergenti dall'evoluzione sociale possano essere riconosciuti in via interpretativa a partire dal fondamento dei diritti costituzionali, individuato nel principio supremo della libertà-dignità (p.107). La possibilità di enucleare un nuovo diritto, dunque, sarebbe «sottoposta ad una duplice condizione, dovendo esso essere ricondotto a un diritto enumerato e, a monte, essere riferibile al principio supremo della libertà dignità» (così C. COLAPIETRO e M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, seconda ed., Giappichelli, Torino 2015, p. 570).

alla tutela dei diritti fondamentali¹⁶: è nell'assunta *koinè* costituzionale europea¹⁷ che l'effettività della tutela deve essere verificata.

La base formale nella quale trovano riconoscimento e tutela i diritti fondamentali del singolo non è più solamente la Carta costituzionale nazionale dal momento che ad essa si accompagnano testi normativi e organi giudicanti di diversa natura e provenienza.

Il fondamento del principio di massima espansione, poi, trova eco nel divieto di interpretazione limitativa e pregiudizievole dei diritti sancita dagli artt. 53 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti CEDU) e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'innanzi CDFUE).

Del resto, proprio la questione del livello di protezione dei diritti suole vedersi come una delle chiavi di lettura della relazione tra il diritto dell'Unione e il diritto costituzionale nazionale.

È dunque nel contesto giuridico europeo che si potrebbe riflettere su di un imminente cambio di passo. La natura complessa e pluralista dell'Unione potrebbe costituire, infatti, il terreno fertile dal quale far germogliare la “massima espansione” dei diritti.

La Corte di giustizia dell'Unione europea e le Corti costituzionali degli Stati membri, infatti, hanno vissuto per molto tempo nella vicendevole convinzione di operare nella piena supremazia e autonomia.

¹⁶ La dottrina sull'evoluzione dell'Unione in ordine alla tutela dei diritti fondamentali è molto ampia, per un quadro esaustivo e dettagliato sia consentito rinviare a T. FREIXES SANJUÁN, *Derechos fundamentales en la Unión europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales*. in *ReDCE*, 4, 2005, p. 43-86.

¹⁷ Alla *koinè* costituzionale è dedicata un'intera collana, edita da Giuffré, diretta da Raffaele Bifulco - Armin Bogdandy - Marta Cartabia - Gianmario Demuro - Nicola Lupo - Miguel Maduro - Marco Olivetti - Marco Ruotolo. Si v., in particolare, le opere di B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giuffré, Milano 2013 e S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Giuffré, Milano 2012. Per una più ampia trattazione del tema sia consentito rinviare a I. DEL VECCHIO, *The Constitutional koinè and the European Citizenship. The long journey of rights' protection in Europe*, in G. M. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E. C. RAFFIOTTA (a cura di), *Constitución e integración europea derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales*, Dikynson, Madrid 2017, pp. 19-33, in particolare par. 2. Parlano invece di *ius commune* europeo G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, pp. 7 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna 2002 e V. ONIDA, *Armonia tra diversi e problemi aperti*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, pp. 549 ss.

È nota la giurisprudenza della Corte di giustizia con la quale il giudice europeo ha costantemente confermato il principio del primato del diritto dell'Unione arrivando a limitare l'operatività anche delle normative costituzionali nazionali¹⁸.

In modo del tutto uguale e contrario, si possono richiamare le posizioni "oltranziste" con le quali le Corti costituzionali nazionali hanno minacciato la sottoposizione del diritto dell'Unione – al ricorrere di determinate condizioni – al controllo di legittimità da parte dei giudici costituzionali nazionali avendo quale parametro proprio le stesse normative costituzionali.

Va detto che questo equilibrio, seppur illusorio¹⁹, ha prodotto buoni frutti in termini di integrazione nella tutela dei diritti.

Le dottrine dei cc.dd. controlimiti e c.d. Solange²⁰ hanno svolto, infatti, un ruolo cruciale nell'integrazione europea influenzando indirettamente la

¹⁸ Sul principio del primato del diritto dell'Unione, anche con riferimento alle norme costituzionali, si v. *infra* Cap. III par. 2.

¹⁹ Parla di «illusion of unilateral supremacy», D. SARMIENTO RAMÍREZ, *Who's afraid of the Charter?. The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in *CMLR*, 50, 2013, p. 1267.

²⁰ Ci si riferisce alle notissime sentenze del Tribunale federale costituzionale tedesco *Solange I* del 29 maggio 1974 e *Solange II* del 22 ottobre 1986. Per la teoria dei controlimiti si v. le altrettanto famose sentenze della Corte costituzionale italiana nn. 183/1973 *Frontini*, 170/1984 *Granital* e, da ultimo, n. 238/2014 seppur quest'ultima in tema di limiti all'ingresso nell'ordinamento italiano di norme del diritto internazionale. Pur non essendo questa la sede opportuna per approfondire tali pronunce, non si può sottacere della portata dirimente della recentissima sent. 238 del 22 ottobre 2014. In tale sentenza per la prima volta la Corte fa espresso uso dei c.d. controlimiti nei confronti di norme internazionali in materia di crimini internazionali e immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile dei tribunali interni. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2 e 24 della Costituzione, di due disposizioni legislative che permettevano l'ingresso nell'ordinamento italiano alle immunità giurisdizionali degli Stati esteri nei giudizi volti al risarcimento del danno subito dalle vittime dei crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Peculiare la dichiarazione di incostituzionalità che si è risolta, nella parte dispositiva, in una sentenza interpretativa di accoglimento, della legge di esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite nella parte in cui, recependo l'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, obbligava il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012. Per la dottrina sul punto si v. il numero monografico dedicato alle consuetudini internazionali del Focus Fonti n. 1/2016 su *Federalismi.it*, in particolare, CALVANO R., *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *www.federalismi.it*, Focus Fonti, 1, 2016; COLACINO N., *La tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili tra obblighi internazionali e Stato di diritto*, in *www.federalismi.it*, Focus Fonti, 1, 2016; GIRELLI F., *La super doppia pronuncia: l'immunità degli Stati dalla giurisdizione per crimini internazionali in Italia non esiste*, in *www.federalismi.it*, Focus Fonti, 1, 2016; MINNITI L., *Il diritto ad un processo nel merito*, in *www.federalismi.it*, Focus Fonti, 1, 2016; ZANGHÌ C., *Un nuovo limite all'immunità di giurisdizione degli Stati nella sentenza 238 della Corte costituzionale italiana?*, in *www.federalismi.it*, Focus Fonti, 1, 2016. Cfr., anche, BATTINI S., *È costituzionale il diritto internazionale?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 3, 2015, p. 368 ss.; BIN R., *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2016; BRANCA M., *Il punto sui "controlimiti"*, in *Giur. Cost.*, 5, 2014, p. 3899 ss.; CANNIZZARO E., *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: the Decision of the Italian*

Constitutional Court No. 238 of 2014, in *Riv.Dir.Int.*, 1, 2015, p. 126 ss.; CANTELMO T. - CAPUOZZO V., *Tra immunità e contro-limiti: un nuovo traguardo della giurisprudenza italiana in Corte cost. sent. n. 238/2014 e ord. n. 30/2015*, in *www.federalismi.it*, 1, 2016; CAPONI R., *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur. Cost.*, 5, 2014, p. 3908 ss.; CONFORTI B., *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giur. Cost.*, 5, 2014, p. 3885 ss.; D'AGNONE G., *Immunità degli Stati stranieri e garanzia costituzionale dell'accesso al giudice: conflitto reale?*, in *Quad. cost.*, 3, 2014, p. 639 ss.; DE SENA P., *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, in *www.sidi-isil.org*, 2014; DICKMANN R., *Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *www.federalismi.it*, 22, 2014; FARAGUNA P., *Corte costituzionale e Corte internazionale di giustizia: il diritto alla penultima parola*, in *www.diritticomparati.it*, 2014; FONTANELLI F., *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in *www.diritticomparati.it*, 2014; GENNUSA M. E., *Corte costituzionale e obblighi internazionali: qualcosa di nuovo e molto di vecchio?*, in *Quad. cost.*, 3, 2015, p. 831 ss.; GRADONI L., *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014; GROPPI T., *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *www.giurcost.org*, 2015; GUAZZAROTTI A., *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. 238 del 2014.*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014; LAMARQUE E., *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Quest.Giust.*, 1, 2015; LANCIOTTI A. - LONGOBARDO M., *La Corte costituzionale risponde alla Corte di Giustizia internazionale: l'ordinamento italiano non si adatta alla regola sull'immunità*, in *www.federalismi.it*, 2, 2015; LEONE S., *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014; LIETO S., *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014; LIGUSTRO A., *Consuetudini internazionali e Costituzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, num. 2, p. 267 ss.; LUCIANI M., *I controlimiti e l'eterogeneità dei fini*, in *Quest.Giust.*, 1, 2015; LUPU E., *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Quest.Giust.*, 1, 2015; MARINI L., *Il conflitto fra Italia e Germania, tra Corte costituzionale, Corte internazionale di giustizia e Consiglio di sicurezza*, in *Quest.Giust.*, 1, 2015; PADULA C., *La Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in *www.giurcost.org*, 2, 2016; PALOMBELLA G., *Senza identità. Dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tra consuetudine, Jus cogens e principi "supremi"*, in *Quad. cost.*, 3, 2015, p. 815 ss.; PANIZZA S., *La autolegittimazione ricavata dalla Corte costituzionale in forza della "scoperta" dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2016; PAPA M. I., *Il ruolo della Corte costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it*, 3, 2015; PASSAGLIA P., *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, in *www.diritticomparati.it*, 2014; PERONA R., *Ancora sui "controlimiti" all'immunità degli stati, un anno dopo: sulla "infondatezza nei sensi di cui in motivazione" di Corte cost. N. 238/2014 e la "manifesta inammissibilità" di Corte cost. N. 30/2015*, in *www.diritticomparati.it*, 2015; PINELLI C., *Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*, in *Giur. Cost.*, 5, 2014, p. 3891 ss.; PISILLO MAZZESCHI R., *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2015, p. 23 ss.; PUSTORINO P., *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale: limiti e prospettive nell'ottica della giurisprudenza italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2015, p. 51 ss.; RIMOLI F., *La Corte e la Shoah: osservazioni brevi su una sentenza coraggiosa*, in *Giur. Cost.*, 5, 2014, p. 3915 ss.; RIMOLI F., *Il diritto, la storia, la memoria. La Corte costituzionale e i crimini nazisti come paradigma dell'irredimibile*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, 2, 2015; SALERNO F., *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, *Quad. cost.*, 1, 2015, p. 33 ss.; PANIZZA S., *La autolegittimazione ricavata dalla Corte costituzionale in forza della "scoperta" dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2016; SCISO E., *Brevi considerazioni sui primi seguiti della sentenza della Corte costituzionale 238/2014*, in *Riv.Dir.Int.*, 2015, num. 3, p. 887 ss.; SILVESTRI G., *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Quest.Giust.*, 1, 2015; TANZI A., *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014; TEGA

giurisprudenza di Lussemburgo la quale, con lo spettro di un “blocco” nazionale, ha affinato la propria tecnica decisoria in materia di diritti fondamentali²¹.

Tuttavia, l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel 2000 ha insidiato la tenuta di tale equilibrio.

Oltretutto, oggi, la Carta dei diritti fondamentali, in forza dell'art. 6 Trattato UE come modificato dal Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei trattati comunitari²² e dunque, al di là dei limiti di applicabilità della Carta – di cui si dirà più avanti²³ – «appare difficilmente contestabile che gran parte delle posizioni soggettive costituzionalmente rilevanti finiscano adesso per ricadere nell'ambito materiale di due testi sostanzialmente costituzionali, quello nazionale e quello europeo»²⁴.

La Corte di giustizia, ora in prima linea nella tutela dei diritti fondamentali e dotata di un “suo” *Bill of rights*, non ha mancato di accedere a posizioni gerarchicamente orientate ponendo la Carta quale documento prominente in materia di integrazione europea.

Questo nuovo ruolo attribuito alla Carta e l'inconsueta veste assunta dalla Corte di giustizia ha inevitabilmente interferito con le competenze

D., *La dottrina come amica curiae*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; VARI F., *La sentenza n. 238 del 2014: ancora sulla responsabilità degli Stati*, in *Quad. cost.*, 1, 2015, p. 166 ss.; VERONESI P., *'Stati alla sbarra'? Dopo la sentenza costituzionale n. 238 del 2014*, in *Quad. cost.*, 3, 2016, p. 485 ss. Per la dottrina straniera si v. PETERS A., *Let Not Tripel Triumph - How To Make the Best Out of Sentenza No. 238 of the Italian Constitutional Court for a Global Legal Order*, in www.ejiltalk.org, 2014; SCHILLING T., *The Dust Has Not Yet Settled: The Italian Constitutional Court Disagrees with the International Court of Justice, Sort of*, in www.ejiltalk.org, 2014; WURKERT F., *No custom restricting state immunity for grave breaches - well why not?*, in voelkerrechtsblog.com, 2014. Sull'applicazione dei controlimiti nel campo del diritto europeo si v. il caso Taricco (ord. n. 24 del 2017), nel quale la Corte costituzionale italiana era stata sollecitata dal giudice del rinvio a fare applicazione, v. *amplius infra*. Per la dottrina che ha preceduto la sentenza della Corte si v. i saggi raccolti in A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli 2017.

²¹ Cfr. A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *Solange ribaltata – proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, pp. 964-965, i quali richiamano, come emblematico, il caso *Kadi* dove la Corte ha saputo resistere ad una «pressione politica notevole da parte delle istituzioni dell'UE e degli Stati membri».

²² Cfr. L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 662 s., il quale parla di equiparazione gerarchica alla luce del fatto che il Protocollo n. 30 ammette della possibilità per la Carta di ampliare le competenze della Corte di giustizia così come previste dal Trattato.

²³ Cfr. *infra*

²⁴ Così A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, 2011, Giuffrè, Milano 2011, p. 353.

tradizionalmente attribuite ai tribunali costituzionali nazionali, incidendo su di un terreno così sensibile come quello della tutela dei diritti fondamentali.

Vi sono state reazioni vive delle Corti costituzionali nazionali che potrebbero far propendere per un progressivo asserragliamento dei giudici costituzionali nazionali, sentitisi minacciati dall'intervento della CGUE²⁵.

D'altro canto, però, non si può escludere che – come avvenuto nella dinamica pre-Trattato di Lisbona – la Corte di giustizia e le Corti costituzionali nazionali proprio attraverso tale “dialogo conflittuale” non possano lottare per garantire le rispettive pretese di supremazia «in a novel and more sophisticated framework in which all legal orders pursue a new role in a composite legal space. Such a process could result in a different arrangement for EU and national fundamental rights protection, but also in a common understanding of constitutional supremacy in the European Union»²⁶.

Quanto questo nuovo contesto sia destinato a funzionare, dipende dalle posizioni pregresse e dagli sviluppi futuri che assumeranno le Corti, nei diversi livelli di tutela, di fronte alle sfide proposte.

È dunque il contributo giurisprudenziale il primo a venire in rilievo dal momento che, come già accennato, il percorso delle libertà e delle garanzie sottese non ha mai fine pur nell'invarianza del testo costituzionale.

²⁵ Si v., ad es., sent. 1 gennaio 2012 della Corte costituzionale ceca (Pl. ÚS 5/12), con la quale si è dichiarato che la CGUE ha violato il diritto ad equo processo; sent. 16 novembre 2011 della Corte costituzionale polacca (SK 45/09) sulla costituzionalità del Regolamento 44/2001; la sent. del 24 aprile 2013 del Tribunale costituzionale federale tedesco (1 BvR 1215/07), con la quale la Corte ha scelto di non sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia rivendicando il diritto di arrogarsi l'ultima parola. Sulla posizione dei giudici di Karlsruhe si v. E. FALLETTI, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e l'interpretazione conforme alla luce della decisione Akerberg Fransson*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò*, Vol. II, Editoriale scientifica, Napoli 2014, pp. 1203-1204 e il commento editoriale, *Ultra vires – has the Bundesverfassungsgericht shown its teeth?*, in *CMLR*, 50, pp. 925-929. In Italia, recentemente la Corte costituzionale si è pronunciata sul c.d. caso Taricco – ord. n. 24 del 2017 –, dove per la prima volta il giudice rimettente ha chiesto alla Corte di azionare il c.d. controlimiti del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25 co. 2 Cost. rispetto ad un obbligo di fonte UE gravante sullo Stato italiano, così come declinato da una sentenza della Corte di giustizia. Sulla questione si v., *ex plurimis*, E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *DPC*, 29 febbraio 2016; P. PERINI, P. FARAGUNA, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. la Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti*, in *DPC*, 30 marzo 2016; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *DPC*, 4 luglio 2016; C. PINELLI, *L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione*, in *DPC*, 17 ottobre 2016 e si v. *amplius* Cap. VI.

²⁶ Così D. SARMIENTO RAMÍREZ, *cit.*, p. 1268.

A ciò si aggiunga che, nel contesto italiano come in quello di altri ordinamenti europei, il percorso avviene sotto guide diverse e potenzialmente confliggenti²⁷ quali quelle della Corte costituzionale, della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo e sulla base di cataloghi dei diritti diversi.

In altre parole, i diritti fondamentali non sono solo in continua evoluzione e assestamento, ma sono anche “multilivello”, nel senso che sono soggetti a diversi livelli di protezione.

La Corte costituzionale italiana, in particolare, si è servita della regola generale delle “massime tutele” proprio in quelle pronunce che hanno assestato lo schema dei rapporti tra il diritto interno e le norme della CEDU, richiamando in parte anche i rapporti con il diritto europeo.

Quasi a dimostrazione del carattere di collante del costituzionalismo multilivello, il criterio interpretativo di cui si discute ha trovato un giusto *habitat* in un ambito diverso da quello strettamente nazionale in cui era stato elaborato originariamente²⁸, andando a comporre un *puzzle* di incastri solo parzialmente compiuto.

Occorre da questo prendere le mosse per ricostruire il campo e le modalità di azione del principio in esame.

2. Il tema del *plus* di tutele nel quadro della (ri)definizione dei rapporti tra ordinamenti. Il contributo della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana

2.1. Il rapporto tra il diritto nazionale e diritto europeo

La Corte costituzionale ha sistematizzato il complesso dei rapporti tra ordinamento italiano e CEDU ed è, infine, arrivata ad introdurre il concetto di

²⁷ Rileva la mancanza di coordinamento, se non sotto forma di autoregolazione, G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2006, p. 285.

²⁸ Cfr. G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit., p. 707 parla di «meccanismi sotterranei che hanno determinato che continuano a determinare il prodursi di un autentico patrimonio costituzionale europeo».

“massima tutela” proprio nella giurisprudenza che riguarda il valore della CEDU nell’ordinamento costituzionale italiano.

Lo stesso non può dirsi rispetto al diritto europeo.

Il percorso giurisprudenziale che ha portato al riconoscimento della prevalenza applicativa del diritto europeo con la conseguente disapplicazione del diritto interno contrastante, infatti, è più risalente²⁹ e si attesta nella giurisprudenza recente quale mera conferma di quanto sistematicamente enunciato con la sent. n. 170 del 1984³⁰.

Il novellato art. 117, comma 1, della Costituzione, con l’inserimento del riferimento espresso al rispetto dei “vincoli derivanti dall’ordinamento

²⁹ È nota l’evoluzione della posizione della Corte costituzionale italiana – da sempre sostenitrice di una impostazione dualista dei rapporti tra ordinamenti – che, dopo un orientamento iniziale fortemente restrittivo (C. cost. n. 14 del 7 marzo 1964) che adottava il criterio cronologico per regolare il rapporto tra le fonti interne e quelle europee, equiparando le fonti di diritto derivato alla legge di esecuzione del trattato, fece poi seguire una parziale apertura (C. cost. n. 183 del 27 dicembre 1973 e n. 232 del 30 ottobre 1975) riconoscendo nell’art. 11 il parametro alla stregua del quale valutare la legittimità costituzionale delle fonti interne in contrasto con il diritto europeo. Infine, con la sentenza n. 170 del 1984, la Corte giunse a conciliare il dualismo teorico con le esigenze sollevate dalla Corte di giustizia, spostando la risoluzione dell’antinomia sul piano dell’applicazione del diritto e stabilendo che, negli ambiti di competenza del diritto comunitario sia stata operata una cessione di sovranità in favore dell’Unione e per questo, nel caso di contrasto tra norma comunitaria e fonte interna, il giudice comune dovrà procedere direttamente con la “disapplicazione” della norma interna in contrasto. Per una trattazione approfondita dell’evoluzione giurisprudenziale, tanto della Corte costituzionale quanto della Corte di giustizia, del rapporto tra fonti dell’ordinamento nazionale e quelle dell’ordinamento comunitario si v. E. CANNIZZARO, *Il diritto dell’integrazione europea. L’ordinamento dell’Unione*, Giappichelli, Torino, 2015; M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Art. 11*, in BIFULCO, R.- CELOTTO, A.- OLIVETTI, M. (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino 2006, pp. 263 ss.; A. CELOTTO, *L’efficacia delle fonti comunitarie nell’ordinamento italiano: normativa, giurisprudenza e prassi*, Utet, Torino 2003; BALAGUER CALLEJÓN F., *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, in AA. VV., *Annuario 2006 - La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Jovene, Napoli 2006, pp. 257 ss.; BENACCHIO G.A., *Fonti del diritto (dir. com.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, pp. 616 ss.; BIN R., CARETTI P., PITRUZZELLA G., *Profili costituzionali dell’Unione europea. Processo costituente e governance economica*, Il mulino, Bologna 2015; CELOTTO A., *L’efficacia delle fonti comunitarie nell’ordinamento italiano: normativa, giurisprudenza e prassi*, Utet, Torino, 2003; GAJA G., *Fonti comunitarie*, in *Dig. pubbl.*, vol. VI, p. 433 ss.; MARTINICO G., *L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo.*, Jovene, Napoli 2008; PAJNO S., *L’integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, Giappichelli, Torino 2001; PANUNZIO S.P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli 2005; PARODI G., *Le fonti del diritto: linee evolutive*, Giuffrè, Milano 2012; SCIARABBA V., *Tra fonti e Corti: diritti e principi fondamentali in Europa. Profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padova 2007; SERGES G., *Art. 117, comma 1*, in BIFULCO, R.- CELOTTO, A.- OLIVETTI, M. (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Utet, Torino 2006, pp. 2213 ss.; SORRENTINO F., *Profili costituzionali dell’integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino 1996; TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. UE*, 2009, pp. 195 ss.; VECCHIO F., *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli, Torino 2012.

³⁰ Sulla quale si v. il dettagliato lavoro ricostruttivo di O. PORCHIA, *Il diritto dell’Unione europea nella giurisprudenza costituzionale*, nella sezione Studi di www.cortecostituzionale.it, febbraio 2014.

comunitario” da parte del legislatore statale e regionale non ha, infatti, alterato il modello delineato dalla Corte in ordine al regime di applicazione del diritto europeo. La Corte ha ribadito che, pure a seguito della l. cost. n. 3 del 2001, il giudice comune deve applicare il diritto europeo disapplicando la norma interna contrastante senza bisogno di sollevare questione di legittimità costituzionale.

Residua una competenza della Corte costituzionale ad intervenire a dirimere i contrasti tra fonti interne e fonti comunitarie solo qualora si tratti di norme comunitarie non direttamente applicabili oppure qualora il contrasto investa i principi costituzionali supremi, noti come controlimiti³¹.

Per questo, per quanto rileva ai fini della costruzione del modello delle massime tutele che si intende qui ricomporre, l'unico profilo che residua è l'ipotesi, peraltro recentemente all'esame della Consulta³², di applicazione dei controlimiti.

Infine, con particolare riferimento ai diritti fondamentali, la cui tutela rappresenta una delle finalità irrinunciabili perseguite dai moderni stati costituzionali di diritto, l'accettazione dei principi quali quello dell'effetto diretto e del primato delle norme dell'Unione, tappa essenziale del percorso nazionale di integrazione europea, è resa possibile soltanto attraverso l'«assicurazione» che in Europa «i singoli non avrebbero perso alcuna delle garanzie previste dalla Costituzione nazionale»³³.

2.2. Il diverso rapporto con il diritto convenzionale: un primo approccio formalistico

Diverso è stato il percorso di interlocuzione con la CEDU che solo a partire dalle cc.dd. sentenze gemelle del 2007 ha trovato una sua sistematizzazione – in via pretoria – nell'ordinamento italiano.

³¹ Sul punto cfr. C. cost. sent. n. 232 del 1989.

³² Cfr. c.d. caso Taricco, Corte cost. ord. n. 24 del 2017.

³³ V. M. CARTABIA - J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il mulino, Bologna 2000, pp. 217-218 in cui si parla della protezione dei diritti fondamentali come «una *condicio sine qua non* della democrazia costituzionale e dello stato di diritto dell'epoca contemporanea».

Già nella sent. n. 388 del 1999, pur non attribuendo alla CEDU valore di norma interposta nel giudizio di costituzionalità come invece la Corte farà in seguito, si era accennato alla questione affermando che «indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale (tra le molte sentenze n. 188 del 1980 e n. 315 del 1990), mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione (sentenza n. 172 del 1987), è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione (cfr. sentenza n. 399 del 1998): non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona (cfr. sentenza n. 167 del 1999), ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione»³⁴.

Dunque, anche prima della modifica dell'art. 117, comma 1, della Cost. – norma che ha permesso di riconoscere la CEDU quale parametro interposto di legittimità costituzionale – la Corte tiene a precisare la «speciale rilevanza che assume sul piano assiologico la norma d'adattamento ai trattati sui diritti umani»³⁵.

Peraltro in quella occasione alcuni commentatori avevano contestato la posizione «eccessivamente ottimistica» della Corte nei confronti dei rapporti tra fonti diverse in quanto presupponeva il carattere sostanzialmente omogeneo delle previsioni convergenti «unanimente verso il comune scopo della miglior tutela dei diritti umani». Tali posizioni sottolineavano che questo atteggiamento della Corte trascurasse che sia i diritti costituzionali che i diritti umani sono frutto di scelte di bilanciamento e che la loro portata è condizionata da numerosi fattori che non rende sempre possibile l'integrazione³⁶.

³⁴ Cfr. Corte cost. sent. n. 388 del 1999, punto 2.1 cons. in dir.

³⁵ Cfr. L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1999, p. 3006. A commento della sentenza si v. anche C. PINELLI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1999, pp. 2997-3001.

³⁶ M. LUCIANI, *I trattati non sono la Costituzione*, in *ItaliaOggi*, 25 ottobre 1999 il quale sostiene che quello dei diritti è piuttosto un «terreno di scontro».

Come anticipato, però, la Corte costituzionale italiana si è occupata per la prima volta in maniera compiuta dei rapporti con il sistema convenzionale nelle “storiche”³⁷ pronunce n. 348³⁸ e n. 349³⁹ del 2007. Conosciute anche come sentenze gemelle⁴⁰, le due sentenze hanno «messo a fuoco un originale metodo di indagine circa la conformità della legislazione interna al diritto internazionale (...) fondandolo sul primo comma dell’art. 117 Cost.»⁴¹.

La Consulta abbandonando nettamente e volontariamente la giurisprudenza costituzionale precedente⁴², ha preso le distanze dal «trend che – imperniatosi sulla collocazione dei trattati internazionali nello stesso grado della fonte di esecuzione – sfociava nell’asserita impossibilità di un innalzamento delle norme internazionali pattizie a formali “parametri” delle questioni di costituzionalità»⁴³.

Come prima cosa i giudici costituzionali tengono a sgombrare il campo da qualsiasi assimilazione foriera di errori⁴⁴: la CEDU non può essere equiparata al

³⁷ Cfr. per la qualificazione delle sentenze come “storiche” GHERA F., *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto pattizio (ma non in quello con il diritto comunitario)*, in *Foro.it*, 1/2008, I, p. 50 ss.; RANDAZZO B., *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una “finestra” su Strasburgo*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, p. 26.

³⁸ Sulla sentenza 22 ottobre 2007, n. 348 si v. PINELLI C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, V, 2007, pp. 3518-3525 e MOSCARINI A., *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. cost.*, 2007, V, pp. 3525-3534.

³⁹ Sulla sentenza 22 ottobre 2007, n. 349 si v. CARTABIA M., *Le sentenze «gemelle»: Nota alla rubrica, giudici*, in *Giur. cost.*, V, 2007, 3564-3574; GUAZZAROTTI A., *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell’art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, V, 2007, 3574-3579; SCIARABBA V., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, V, 2007, 3579-3591.

⁴⁰ La qualificazione delle sentenze come “gemelle” si deve per primo a ONIDA V., *Sui diritti asse Roma-Strasburgo, La Corte costituzionale stabilisce il vincolo con le leggi della Convenzione europea*, in *Il Sole-24 Ore*, 15 novembre 2007.

⁴¹ Cfr. DICKMANN R., *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l’art. 117, primo comma, della Costituzione. (Nota a Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349)*, in *www.federalismi.it*, 21 novembre 2007.

⁴² Merito delle due sentenze è infatti quello di dare atto delle differenti posizioni giurisprudenziali che erano sorte riguardo al valore della Cedu per prendere poi una posizione differente e del tutto inedita.

⁴³ Cfr. SALAZAR C., *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell’uomo, giudici: “affinità elettive” o “affinità pericolose”?*, in SALAZAR C., SPADARO A. (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 2009, p. 58 la quale sottolinea anche come la Corte si distacchi anche dal celebre *obiter dictum* contenuto nella sent. n. 10 del 1993. Infatti «tale lontana eccezione viene evocata per brevi cenni (sent. 348, par. 4.3 *cons. in dir.*; sent. n. 349, par. 6.1.1 *cons. in dir.*), e solo per sottolinearne la natura episodica rispetto all’orientamento dominante».

⁴⁴ L’intento della Corte è dichiarato esplicitamente quando afferma di essere «chiamata a fare chiarezza su tale problematica normativa e istituzionale, avente rilevanti risvolti pratici nella prassi quotidiana degli operatori del diritto», v. Sent. n. 348/2007 punto n. 4.3 *cons. in dir.* Cfr. SALAZAR

diritto comunitario direttamente applicabile e di conseguenza non può essere causa di disapplicazione da parte dei giudici comuni ove ritenuta non rispettata da parte del legislatore ordinario. Nel dichiarare inammissibile l'eccezione di una delle parti costituite in giudizio secondo la quale il giudice *a quo* avrebbe dovuto disapplicare direttamente la norma interna⁴⁵ la Corte, in entrambe le pronunce⁴⁶, ribadisce che la CEDU e i suoi protocolli addizionali sono norme di diritto internazionale convenzionale, non creano un ordinamento e non producono norme direttamente applicabili negli Stati contraenti come le norme comunitarie e, per questo, ad esse non può estendersi il meccanismo della non applicazione previsto dalla sent. n. 170 del 1984⁴⁷.

La Convenzione, infatti, non può considerarsi “incorporata”⁴⁸ nell'ordinamento giuridico italiano né in virtù dell'art. 11 Cost., in quanto non determina una cessione di sovranità⁴⁹ né dell'art. 10, comma 1, della Cost.,

C., *op. cit.*, 57 che interpreta l'inciso come una «ammissione di corresponsabilità nella creazione dell'incertezza sul rapporto tra diritto nazionale e fonti internazionali pattizie».

⁴⁵ Cfr. Corte cost. sent. 24 ottobre 2007, n. 348 punti nn. 7 e 7.1 *rit. in fatto* e nn. 3.1, 3.2 e 3.3 *cons. in dir.*

⁴⁶ Cfr. sent. n. 348 punto n. 3.3 *cons. in dir.*: «La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita (...) nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto»; sent. 349 punto n. 6.1 *cons. in dir.*

⁴⁷ La nota sent. 8 giugno 1984 n. 170, già richiamata, affermò la diretta applicabilità, l'efficacia immediata e la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno. Ciò comporta la possibilità di disapplicazione delle norme interne in contrasto con le norme comunitarie direttamente applicabili con l'unica limitazione dei c.d. controlimiti. I principi recepiti dalla Corte costituzionale avevano avuto ingresso nell'ordinamento italiano con la notissima sentenza *Simmenthal* del 1978 nella quale la Corte di Lussemburgo enunciava il principio imperativo della c.d. disapplicazione della legge nazionale in contrasto.

⁴⁸ Cfr. sent. n. 348 punto n. 3.3 *cons. in dir.*: «La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con (...) caratteristiche peculiari (...)– da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri».

⁴⁹ Nella sent. n. 349 si contesta anche il riferimento all'art. 11 Cost. «per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto del diritto comunitario» (punto n. 6.1 *cons. in dir.*). Parte di dottrina riteneva che già con il Trattato di Maastricht la Cedu avesse acquisito finanche il rango di fonte formale dell'ordinamento comunitario (v. STROZZI G., *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamento degli Stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, Cedam, 1995, 737 ss. In senso assolutamente contrario cfr. GROPPI T., *Art. 52. Portata dei diritti garantiti*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carte dei diritti fondamentali*

riferendosi la norma costituzionale alle sole norme consuetudinarie e non a quelle pattizie⁵⁰.

Ulteriore argomento a favore dell'esclusione dell'ingresso della CEDU nell'ordinamento interno in virtù dell'art. 11 Cost. va ricercato, secondo la Corte, nel nuovo testo dell'art. 117, comma 1 Cost. La lettera di tale articolo⁵¹, infatti, distingue il vincolo discendente dall'ossequio all'«ordinamento comunitario» da quello del rispetto degli «obblighi internazionali»⁵². Lo stesso dato letterale e la scelta terminologia dimostrerebbero dunque la non assimilabilità dei due fenomeni: da una parte vi è un vero e proprio «ordinamento», dall'altra no⁵³.

dell'Unione Europea, Bologna, Il mulino, 2001, 357. Oggi l'argomentazione adottata dalla Corte costituzionale potrebbe incontrare nuovi ostacoli per il sopraggiungere di un'ulteriore «comunitarizzazione» da parte del Trattato di Lisbona, il quale sancisce che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (Cfr. testo novellato dell'art. 6 del TUE). Si tratterà più avanti di questa problematica. Per la dottrina sull'argomento si v. PASSAGLIA P., *Il Trattato di Lisbona: qualche passo indietro per andare avanti*, in *Foro it.*, 2008, V, pp. 40 ss.

⁵⁰ Cfr. sent. n. 348 «Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi. Ogni argomentazione atta ad introdurre nella pratica, anche in modo indiretto, una sorta di «adattamento automatico», sul modello dell'art. 10, primo comma, Cost., si pone comunque in contrasto con il sistema delineato dalla Costituzione italiana (...) e più volte ribadito da questa Corte, secondo cui l'effetto previsto nella citata norma costituzionale non riguarda le norme pattizie» (punto n. 4.3 *cons. in dir.*).

Secondo RANDAZZO B., *op. cit.*, 730 «ancora una volta la Corte respinge sia la tesi secondo la quale il vincolo nei confronti del diritto internazionale deriverebbe dal principio *pacta sunt servanda*, sia quella secondo la quale talune norme della CEDU sarebbero ormai confluite nel diritto internazionale consuetudinario».

⁵¹ Sul risalto dato dalle due sentenze al canone dell'interpretazione letterale dell'art. 117, comma 1, della Cost. v. spec. CONFORTI B., *Lo Stato costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 3/2008, 569 ss. secondo il quale il fatto che i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e gli obblighi internazionali appaiano affiancati nell'art. 117, co 1, Cost. non conduce alla necessaria conclusione che l'ossequio ad essi, da parte del diritto interno, debba esprimersi in identico modo. *Contra* ZANGHÌ C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *www.giurcost.org*, par. 3.

⁵² Cfr. sent. n. 348 punto n. 3.3. *cons. in dir.* dove si aggiunge «Si tratta di una differenza non soltanto terminologica, ma anche sostanziale».

⁵³ Le due sentenze forniscono un'interpretazione dell'art. 11 Cost. applicabile alle sole norme comunitarie argomentando che mentre «con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un «ordinamento» più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo» (sent. n. 348 punto n. 3.3 *cons. in dir.*) con il Trattato firmato a Roma nel 1950 non sarebbe «individuabile (...) alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sent. n. 349 punto n. 3.3 *cons. in dir.*). Critiche alla negazione della natura di ordinamento al sistema CEDU sono state sollevate da FERRARO A., *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU e irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, in SALAZAR C., SPADARO A. (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 2009, 120 «In realtà, una corretta interpretazione dell'art. 11 Cost., permette di comprendere le ragioni per cui non pare che l'impianto politico-normativo

La Corte in queste sentenze ridefinisce inoltre il rapporto della CEDU con i giudici comuni, negando la legittimità del ricorso alla disapplicazione⁵⁴. Si esclude, infatti, che la presenza di un'antinomia tra una norma interna e la Convenzione possa essere risolta dal giudice comune attraverso la disapplicazione e si afferma, invero, che in questi casi il giudice ordinario sia tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale.

Nella sent. n. 349, d'altro canto, i giudici della Consulta conferiscono ai giudici comuni il compito di interpretare le norme interne conformemente a Convenzione, affermandosi che essi sono «giudici comuni della Convenzione»⁵⁵ e in quanto tali sono i primi chiamati ad applicarla e interpretarla consentendo così di non poter considerare “emarginato” il ruolo del giudice ordinario⁵⁶.

Con le due sentenze in commento la Corte «riafferma il corretto rapporto tra giudizio comune e giudizio di costituzionalità, ponendo un freno al rischio che

creato dalla nascita del Consiglio d'Europa e con la firma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo possa essere escluso dai sistemi giuridici nei cui confronti sarebbe legittimo riconoscere le limitazioni di sovranità nazionale previste dal costituente italiano»; ZANGHÌ C., *op. cit.*, par. 2, il quale afferma «qualsiasi trattato internazionale, ed in specie la Convenzione europea, determina una parziale limitazione di sovranità, quale quella conseguente all'assunzione di obblighi internazionali, il cui rispetto dovuto limita la libertà dello Stato, nel senso che lo stesso non può assumere iniziative legislative o di altra natura che siano in contrasto con l'obbligo internazionale». Aggiunge RUGGERI A., *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*, 3, che il ragionamento seguito dalla Corte per escludere che la CEDU costituisca un ordinamento «induce a pensare che, a giudizio della Corte, le limitazioni di sovranità cui si riferisce l'art. 11 siano unicamente quelle rispondenti alle seguenti due condizioni: l'esservi un “ordinamento”, costituitosi in funzione dei valori richiamati nell'art. 11, e l'aver avuta riconosciuta l'ordinamento stesso l'attitudine a produrre norme immediatamente efficaci in ambito interno. Come dire, insomma, una norma-fotografia, quella dalla Corte desunta dall'art. 11, suscettibile di valere per il solo diritto comunitario (e non pure, ad es., per l'ONU...)».

⁵⁴ Cfr. CARTABIA M., *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, V, 3566 la quale sottolinea come la «disapplicazione diffusa (...) sia un rimedio che nasce e si sviluppa in ambienti di *common law*, dove i giudici sono formati all'arte dell'uso del precedente (...). Fuori da tale contesto sembra prudente circoscrivere il potere di disapplicazione della legge entro gli stretti limiti in cui è imposto dal diritto comunitario». L'A. apprezza, dunque la scelta della Corte del 2007 volta ad escludere la disapplicazione anche nel caso di violazione delle norme CEDU e individua tre ordini di argomentazioni a sostegno di questa opzione: «la Convenzione Europea non fa parte del diritto comunitario (...). I suoi principi sono ampi e indeterminati, non sono strutturati in modo paragonabile alle norme dotate di effetto diretto nell'ordinamento comunitario. (...) manca nel sistema della Convenzione un meccanismo processuale paragonabile al rinvio pregiudiziale che opera come strumento per l'uniformità dell'interpretazione del diritto europeo in tutta l'Unione».

⁵⁵ Cfr. punto n. 6.2 *cons. in dir.*

⁵⁶ Cfr. CARTABIA M., *loc. ult. cit.* dove l'A. specifica che l'esclusione della disapplicabilità diffusa «non mortific[a] l'operato dei giudici ordinari né tanto meno li emarginano dal sistema “multilivello” della tutela dei diritti fondamentali. La Corte mira, piuttosto, a precisare il loro ruolo, riconducendolo nell'alveo dell'interpretazione adeguatrice».

si andasse affermando una sorta di circuito alternativo di controllo di costituzionalità “diffuso” utilizzando come parametri le norme CEDU⁵⁷.

Chiave di volta delle due sentenze del 2007 è il nuovo ruolo attribuito all’art. 117, comma 1 Cost. Secondo la Corte infatti il nuovo dettato dell’articolo «in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l’osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato»⁵⁸. L’elemento di novità, secondo la Corte «sta nell’attrazione di questioni di convenzionalità nella sfera di competenza del giudice delle leggi»⁵⁹.

La Corte, attraverso il richiamo all’art. 117, comma 1 Cost.⁶⁰, introduce un’ulteriore ipotesi di utilizzo della tecnica della c.d. norma interposta⁶¹. Secondo la Consulta, infatti, la struttura dell’articolo ricalca «quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere»⁶². La CEDU, in altre parole, integra il parametro costituzionale collocandosi per ciò stesso su un gradino intermedio tra la Costituzione e la legge ordinaria⁶³.

⁵⁷ Come rilevato da RANDAZZO B., *op. cit.*, p. 734.

⁵⁸ Cfr. sent. n. 349 punto n. 6.2 *cons. in dir.*

⁵⁹ Cfr. RANDAZZO B., *op. cit.*, p. 731.

⁶⁰ Cfr. ROMBOLI R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 47 dove si sottolinea che una tale operazione «sarebbe stata (...) impossibile qualora la riforma costituzionale approvata dalle camere nel 2005 non fosse stata bocciata al referendum popolare. La riforma infatti eliminava dall’art. 117, 1° comma, Cost. il riferimento agli “obblighi internazionali”».

⁶¹ Cfr. PIGNATELLI N., *La dilatazione della tecnica della “interposizione” (e del giudizio costituzionale)*, in www.forumcostituzionale.it, il quale sottolinea così il ritardo nel recepimento della portata innovativa del nuovo dettato dell’art. 117: «il primo risvolto applicativo del nuovo art. 117, 1° comma, Cost., si è palesato soltanto a sei anni di distanza dalla l. cost. 3/2001, anche per negligenza di taluni giudici *a quibus*, che hanno ignorato nelle ordinanze di rinvio le potenzialità di tale norma costituzionale; questo “ritardo” nell’attivazione della tecnica della interposizione evoca probabilmente un problema culturale del giudice nella cognizione delle fonti internazionali».

⁶² Cfr. sent. 348 punto n. 4.5 *cons. in dir.*

⁶³ RANDAZZO B., *op. cit.*, p. 731, sottolinea come la Corte sembra riferirsi non solo alla CEDU ma agli obblighi internazionali in generale. Vedremo poi, come una delle maggiori problematiche sollevate dalla dottrina sulla portata delle sentenze c.d. gemelle è proprio la possibilità di estendere le soluzioni giurisprudenziali alle quali la Corte è approdata a tutte la categoria degli obblighi internazionali. Cfr. CARETTI P., *Le norme della CEDU come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 311 ss.

Dunque una legge o un atto avente forza di legge potranno essere dichiarati incostituzionali qualora contrastino con il dettato delle disposizioni CEDU in quanto si avrebbe così una violazione, seppure indiretta, dell'art. 117, comma 1 della Cost.⁶⁴

Il sistema CEDU, pur non rappresentando un ordinamento, obbliga gli Stati che hanno ratificato la Convenzione ad adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato «nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione»⁶⁵.

La Corte costituzionale, in altre parole, riconosce esplicitamente valore alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁶⁶. La Consulta, nelle due sentenze in esame, sembra consacrare il valore vincolante della giurisprudenza della Corte EDU, perseguendo, secondo una lettura fornita dalla dottrina⁶⁷, una duplicità di fini: da una parte preferisce evitare contrasti giurisprudenziali con la Corte europea; dall'altra non può non riconoscere che disposizioni sostanzialmente costituzionali, applicate a livello sovranazionale, necessitano di un'applicazione uniforme negli Stati che hanno sottoscritto la Convenzione. Alcuni hanno

⁶⁴ Come già abbiamo sottolineato le due sentenze non sono completamente identiche. In effetti per quanto attiene alla definizione del ruolo rivestito dall' art. 117, comma 1 Cost., mentre nella sent. 348 si parla esclusivamente di «norma interposta»; nella sent. 349 il giudice delle leggi fa riferimento all'istituto del rinvio, chiarendo che con l'art. 117, comma 1 Cost. «si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta”» (punto n. 6.2 *cons. in dir.*). Questa differenza terminologica «potrebbe dare adito a qualche ambiguità, considerato che l'istituto è tipico del diritto internazionale privato e crea in genere “finestre” su norme di ordinamenti diversi mentre la “qualità” di ordinamento è espressamente negata alla CEDU. (...) l'aggettivo “mobile” sembrerebbe alludere all'automatica applicazione di eventuali modifiche o integrazioni della CEDU, che invece devono essere oggetto di specifico recepimento» (B. RANDAZZO, *op. cit.*, 731-732). V. anche PIGNATELLI N., *op. cit.*, p. 1 ss.

⁶⁵ Sent. n. 348 punto n. 4.6 *cons. in dir.* A differenza degli altri trattati che riservano la loro interpretazione alle parti contraenti o a meccanismi di tipo negoziale, il sistema CEDU prevede un organo preposto alla interpretazione della Convenzione (la Corte Europea dei diritti dell'uomo) e gli Stati firmatari sono obbligati ad adeguare la propria legislazione alle norme del trattato «nel significato attribuito dalla Corte». V. art. 32, par. 1 CEDU «La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47».

⁶⁶ Cfr. SCJARABBA V., *op. cit.*, p. 3585, il quale, in chiave critica, sottolinea come «tale “riconoscimento”, tale “consacrazione” del ruolo della giurisprudenza avviene esattamente...per via giurisprudenziale: è una Corte a legittimare un'altra Corte» poi però aggiunge «l'inclusione della giurisprudenza di Strasburgo tra i vincoli di cui all'art. 117, (...) sembr[a] in linea, con il tenore testuale della norma, che fa riferimento, in termini quanto mai ampi (e per certi versi ambigui) al “rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali” (e non, ad esempio, al “rispetto delle norme internazionali”, o addirittura delle “disposizioni” dei trattati)».

⁶⁷ V. ROMBOLI, *op. cit.*, p. 49.

criticato questa posizione assunta dalla Corte nei confronti della giurisprudenza di Strasburgo. Si tratterebbe, per gli stessi, di una vistosa limitazione alla sovranità statale data la sostanziale equipollenza con le sentenze interpretative del diritto comunitario fornite dalla Corte di giustizia⁶⁸. Le critiche non troverebbero riscontro, però, nell'effettiva *ratio* del riconoscimento operato dalla Consulta: non si tratterebbe di un'assimilazione all'efficacia riconosciuta alle sentenze della Corte di Lussemburgo ma di attribuire alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo l'efficacia di «diritto vivente»⁶⁹.

I giudici costituzionali affermano, poi, anche che dal riconoscimento alle norme CEDU della funzione di integrazione del parametro costituzionale⁷⁰ non deriva l'attribuzione della forza di norme costituzionali, anzi, si sottolinea che la natura rimane quella di fonte primaria e in quanto tale assoggettabile al controllo di costituzionalità⁷¹. Questo controllo sarà tanto più opportuno quanto più si voglia evitare il «paradosso»⁷² di sanzionare una legge in quanto non rispettosa di norma a sua volta incostituzionale. Infatti, non è possibile far discendere dalla natura di norma interposta una sorta di «immunità»⁷³ delle norme CEDU dal sindacato di costituzionalità: il rango sub-costituzionale⁷⁴ implica che per essere

⁶⁸ Cfr. LUCIANI M., *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corriere giur.*, 2008, p. 203-205 che rileva come questa vincolatività mal si attaglia alla natura casistica delle sentenze della Corte EDU.

⁶⁹ Cfr. ROMBOLI R., *op. cit.*, p. 50. Secondo l'autore, infatti, si tratterebbe della stessa operazione effettuata dalla Corte costituzionale allo scopo di superare la c.d. guerra tra le due corti che ha visto il riconoscimento come "diritto vivente" della giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione. V. anche NAPOLI C., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: La nuova collocazione della CEDU nel sistema delle fonti e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Forum Quad. Cost.*, 2008, p. 3, «il più significativo segno di apertura può essere individuato nel riconoscimento che le disposizioni CEDU vivono nell'interpretazione che ad esse è data dalla Corte europea». Sul concetto di "diritto vivente convenzionale" si è recentemente espressa la Corte, nella sent. n. 49/2015, di cui v. *infra* Cap. I par. 2.3.

⁷⁰ Cfr. sent. n. 348 punto n. 4.7 *cons. in dir.*

⁷¹ In entrambe le sentenze in esame. Anche se RANDAZZO B., *op. cit.*, pp. 733-734 sottolinea come la sent. 349 appaia, sotto questo profilo «meno netta». Nel punto n. 6.2 del *cons. in dir.* infatti «il giudice costituzionale sembra più preoccupato di delineare la posizione internazionale dello Stato, anziché l'assetto delle fonti interne».

⁷² Cfr. sent. n. 348 punto n. 4.7 *cons. in dir.*

⁷³ V. FERRARO A., *op. cit.*, p. 158

⁷⁴ Per l'affermazione secondo cui le disposizioni della CEDU vengono così a collocarsi in una posizione mediana tra il piano costituzionale e quello primario v. RUGGERI A., *Tecniche di normazione, tutela dei diritti fondamentali, teoria della Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2008, pp. 1 ss.; NAPOLI C., *cit.*, pp. 133 ss.; D. TEGA, *La Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in www.forumcostituzionale.it, la quale parla di rango sub-costituzionale, subordinate alla Costituzione, ma sovraordinate rispetto alla legge.

idonee ad esplicitare i loro effetti nel giudizio di costituzionalità devono risultare a loro volta conformi a Costituzione.

La Corte in questa sede, inoltre, ribadisce la differenza che c'è tra le norme CEDU e le norme comunitarie. Le norme della Convenzione addotte ad integrazione del parametro di costituzionalità, dovranno essere sottoposte ad un controllo che non si limiterà alla verifica del rispetto dei principi supremi dell'ordinamento (c.d. controlimiti), come succede per il diritto comunitario, ma si estenderà alla verifica del rispetto di tutte le norme della Carta⁷⁵.

Ultimo dato non trascurabile affrontato dalle sentenze in esame, strettamente collegato con quelli pocanzi trattati, è la problematica del ruolo che rivestono la Corte costituzionale da un lato e la Corte di Strasburgo dall'altro.

Le due Corti⁷⁶, pur essendo accomunate dal medesimo obiettivo, quello di «tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo»⁷⁷, hanno in definitiva ruoli diversi. Alla Corte di Strasburgo compete l'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli: essa «garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri»⁷⁸. Alla Corte costituzionale italiana, invece, è demandato il compito di accertare l'eventuale antinomia tra la legge nazionale e la CEDU, a patto che la Convenzione offra una

⁷⁵ V. PINELLI C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 3518 ss. il quale ritiene questo il «risvolto cruciale» della ricostruzione tratteggiata dalle sentenze gemelle. Osserva acutamente SALAZAR C., *op. cit.*, 56-57 che le sentenze sembrano così offrire una «immagine rovesciata rispetto all'altra "decisione storica", la sent. n. 170 del 1984, nella parte in cui essa inocula un rilevante fattore di "diffusione" (...), mediante la "devoluzione" ai giudici della competenza sui contrasti tra le leggi e diritto comunitario direttamente applicabile (salvo (...) la teoria dei controlimiti). L' "accentramento" operato dalle decisioni i commento non solo esclude un'ulteriore evoluzione in tal senso con riferimento alle antinomie tra le fonti nazionale e CEDU, ma sembrerebbe muoversi addirittura in controtendenza rispetto al complessivo atteggiamento di "decentralizzazione" tenuto dalla Corte nell'ultimo decennio». L'A. però non manca di sottolineare come spesso «l' apparenza ingann[i]» perché ai giudici ordinari è affidato comunque e in prima battuta l'importante compito di esperire i tentativi ermeneutici conformi a costituzione e a convenzione per evitare il "residuale" intervento del giudice delle leggi. Sull'argomento v. anche CARTABIA M., *op. cit.*, 3566 secondo cui le affermazioni della Corte non mortificano l'operato dei giudici ordinari né tantomeno li emarginano dal sistema "multilivello" di tutela dei diritti, bensì precisano il loro ruolo, riconducendolo nell'alveo dell'interpretazione adeguatrice e «mettendo in luce che essi non sono né soli né abbandonati a [loro] stessi nello svolgimento del compito di tutela dei diritti».

⁷⁶ Per gli elementi di diversità del giudizio delle Corti v. *infra* Cap. III par. 3. Per una panoramica generale v. GALLO F., *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁷ Cfr. sent. n. 349 punto n. 6.2 *cons. in dir.*

⁷⁸ Cfr. sent. n. 349 punto n. 6.2 *cons. in dir.*

garanzia «almeno equivalente»⁷⁹ a quella apprestata dal nostro ordinamento e che «non si ponga in conflitto con i nostri principi costituzionali»⁸⁰.

Con riferimento alle “reazioni” dei giudici ordinari sembra che il «decalogo della Consulta sia stato recepito pacificamente dai giudici di merito»⁸¹. Il giudice ordinario, difatti, pur avendo subito un potenziale restringimento del suo potere discrezionale attraverso il divieto di disapplicazione, sarebbe però stato compensato dal riconoscimento di un ruolo centrale nel dovere di procedere all’interpretazione conforme. I casi di mancata adesione da parte dei giudici ordinari alla giurisprudenza delle sentenze c.d. gemelle sono rari e percentualmente minoritari⁸². Si è parlato di «giudici “ribelli” che hanno seguito la strada della disapplicazione delle norme interne in contrasto con la Convenzione piuttosto che conformarsi al modello delineato dalla Corte costituzionale»⁸³. Ma, nella prospettiva generale, va riscontrata una «reazione tutto sommato acquiescente dei giudici comuni»⁸⁴.

Una parte della dottrina⁸⁵ ha reclamato la necessità di chiarimenti in ordine alla vincolatività della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. La Consulta, infatti, nelle due sentenze ha sottolineato apertamente che «tra gli obblighi assunti dall’Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU (...) vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione»⁸⁶; non ha però specificato quale tipo di decisioni della Corte di Strasburgo è possibile prendere in considerazione al fine di valutare la difformità

⁷⁹ *Loc. ult. cit.*

⁸⁰ V. ROMBOLI R., *op.cit.*, 50.

⁸¹ V. LIBERATI F., *op. cit.*, 8.

⁸² Per alcuni esempi cfr. Tribunale civile di Ravenna, sezione lavoro, 12 dicembre 2007 e TAR del Trentino Alto Adige, sezione di Trento, sent. n. 171/2008.

⁸³ Cfr. LIBERATI F., *op. loc. ult. cit.*

⁸⁴ V. POLLICINO O., *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 1. Sull’accettazione da parte dei giudici comuni del principio relativo alla necessità di un giudizio di costituzionalità accentrato in caso di conflitto tra legge interna e la CEDU v. LAMARQUE E., *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in www.cortecostituzionale.it.

⁸⁵ Cfr. VARI F., *A (ben) cinque anni dalle sentenze gemelle (appunti su) due problemi ancora irrisolti*, in www.federalismi.it, 26 settembre 2012, 2 ss.

⁸⁶ Cfr. Corte cost. sent. n. 348/2007 punto n. 4.6 *cons. in dir.*

tra normativa interna e CEDU, con la conseguente violazione dell'art. 117 primo comma Cost.⁸⁷

Ci si era chiesti se le sentenze della Corte EDU per essere idonee a integrare il parametro di costituzionalità non dovessero essere sorrette da un certo grado di stabilità⁸⁸ e se l'illegittimità della normativa interna non dovesse essere

⁸⁷ Sull'estensione della vincolatività delle sentenze della Corte di Strasburgo v. RANDAZZO B., *op. cit.*, 733 che afferma «con riguardo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti, il giudice costituzionale non sembra far differenza fra le pronunce rese nei confronti dell'Italia e quelle rese nei confronti degli altri Paesi, né tra sentenze di condanna rese con riguardo a fattispecie regolate dalla norma oggetto della questione di costituzionalità e sentenze di condanna rese con riguardo a fattispecie regolate da disposizioni analoghe (...) e neppure distingue tra violazioni "singole" e violazioni c.d. "strutturali"». Sulle violazioni strutturali si v. Corte EDU sent. Grande Camera 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia* e la chiara lettura di LUPO E., *op. cit.*, 2247 «Prima della sentenza (...) Broniowski, la Corte europea si limitava a decidere se in un determinato processo si fosse o meno verificata una violazione della CEDU, accordando al soggetto che l'aveva adita (...) la concessione di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione (art.41). Spettava poi al Comitato dei Ministri trarre le conseguenze della singola pronuncia sul piano della normativa nazionale dello Stato interessato. Nella citata sentenza del 2004 la Corte ha, invece, affermato la possibilità di accertare la sussistenza, nella legislazione nazionale, di una violazione di carattere sistematico della CEDU, quando essa (...) sia attribuibile ad una situazione strutturale di cattivo funzionamento della legislazione e della prassi interne». A partire dal caso *Broniowski* infatti, la Grande camera ha inaugurato un nuovo orientamento secondo il quale la Corte si fa carico di valutare se la violazione dipende da un problema strutturale dell'ordinamento e non solo dalle anomalie del singolo giudizio. In tali casi strutturali, la Corte invita gli Stati ad intervenire con misure di carattere generale per porre fine alla violazione, non solo con riferimento al caso di specie, ma anche in relazione alle fattispecie analoghe. Per il coinvolgimento dell'Italia in questo nuovo tipo di sentenze v. Corte EDU sentenza 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, nella quale la Corte ha ravvisato una violazione di sistema nella nostra disciplina penale del giudizio contumaciale, affermando l'obbligo dello Stato italiano di sopprimere ogni ostacolo legale che impedisce la restituzione nel termine per proporre appello o la celebrazione di un nuovo processo in ogni caso in cui il condannato in contumacia non sia stato debitamente informato delle accuse e non abbia rinunciato in maniera non equivoca al proprio diritto di comparire all'udienza. L'Italia ha provveduto a modificare la disciplina della contumacia (decreto legge 21 febbraio 2005 n. 17, convertito dalla l. 22 aprile 2005 n. 60) sulla quale si v. LATTANZI G., *Costretti dalla Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.* 2005, 1125. Ma soprattutto cfr. il noto caso *Scordino*, (Corte EDU, Grande chambre, 29 marzo 2006 e prima Corte EDU, Prima sezione, 29 luglio 2004) in materia di espropriazione, sul quale v. GIUSTI A., *Il caso Scordino: l'inizio di un nuovo dialogo tra le Corti in materia espropriativa*, in *www.diritti-cedu.unipg.it*.

⁸⁸ Cfr. VARI F., *op. cit.*, 2, il quale ricorda come «le sentenze adottate dalle sezioni della Corte europea non sono immediatamente definitive, potendo essere sottoposte a un (eventuale) giudizio d'appello davanti alla *Grande Chambre* della stessa Corte. Occorre, dunque, domandarsi se i giudici interni possano instaurare validamente un giudizio di legittimità costituzionale, evocando finanche una decisione non definitiva di una delle sezioni della Corte». L'A. sottolinea poi come mentre nel Regno Unito lo *Human Rights Act*, stabilisce che i giudici siano tenuti a «take into account» la giurisprudenza della Corte EDU solo se la stessa è «clear and constants», in Italia sembrerebbe sufficiente, per richiedere l'intervento della Corte costituzionale, anche la sola pronuncia di una sezione della Corte di Strasburgo (v. Corte cost. ord. n. 150 del 2012 dove la Corte costituzionale si è limitata a restituire gli atti ai giudici *a quibus*, chiedendo loro di rivalutare la questione alla luce della sentenza d'appello della Corte EDU dal momento che l'ordinanza di remissione era basata sulla sentenza di primo grado e non definitiva, poi annullata dalla *Grande Chambre*). «Consentire la promozione di giudizi di legittimità costituzionale senza attendere (quanto meno) che le decisioni della Corte EDU siano divenute definitive desta, tuttavia, forti perplessità. Per rendersi conto della

fondata solamente sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo di condanna nei confronti dell'Italia e non per quelle decisioni che coinvolgono altri Stati⁸⁹.

fondatezza delle stesse basta domandarsi che cosa accadrebbe se la Corte dichiarasse l'illegittimità costituzionale di una normativa interna per violazione mediata dell'art. 117 Cost., facendo leva su una sentenza non definitiva del giudice di Strasburgo, poi cancellata – dopo la sentenza di accoglimento della Corte italiana – dalla *Grande Chambre* (VARI F., *Loc. ult. cit.*).

⁸⁹ Cfr. RANDAZZO B., *op. cit.*, p. 733 la quale sottolinea la mancata diversificazione ad opera dei giudici della Consulta fra «pronunce rese nei confronti dell'Italia e pronunce rese nei confronti degli altri Paesi»; LAMARQUE E., *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana. Rapporti tra Corte costituzionale e Cedu*, in *Corr. Giur.*, 2010, 960 ss. «La Corte costituzionale non modula l'intensità dell'effetto vincolante in alcun modo: non distingue, ad esempio, tra giurisprudenza di Strasburgo consolidata e non consolidata, tra pronunce rese da una Camera e pronunce rese dalla Grande Camera, tra pronunce rese all'unanimità e pronunce che presentano opinioni dissenzienti, tra pronunce definitive e pronunce non definitive; non distingue tra sentenze di condanna e sentenze che accertano la non violazione della Convenzione; non distingue, soprattutto, tra sentenze rese nei confronti dell'Italia e sentenze rese nei confronti di altri Paesi, né, all'interno delle prime tratta diversamente le sentenze che accertano una violazione strutturale della Convenzione discendente dalla medesima legge italiana sottoposta al giudizio di costituzionalità»; CARTABIA M., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, f. 5., 3573 la quale afferma «La Corte europea è un giudice del caso concreto, (...). Pertanto, è solo con molta cautela che si possono trarre da sentenze pronunciate nei confronti di altri Stati principi vincolanti anche per il legislatore italiano. Certamente le sentenze della Corte europea servono non solo per decidere i singoli casi sottoposti al suo esame, ma più in generale per chiarire, salvaguardare, sviluppare le regole e i principi contenuti nella Convenzione, contribuendo così a facilitare l'osservanza da parte degli Stati membri degli impegni assunti»; LUCIANI M., *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 186 s.; VARI F., *op. cit.*, p. 4 il quale individua due ordini di ragioni che hanno spinto la giurisprudenza costituzionale italiana a considerare le sentenze della Corte Edu destinate ad altri Stati alla stregua di quelle che vedono l'Italia come una delle due parti in causa. «Nella prassi talora così non è stato, anche in ragione di due fattori: da un lato che, ai fini della valutazione del vizio della norma interna, rileva il mancato rispetto della CEDU, la cui interpretazione potrebbe in linea astratta dedursi da qualsiasi pronuncia della Corte di Strasburgo; d'altro lato, che le sentenze della Corte europea sono spesso caratterizzate da affermazioni di carattere generale (...) le quali, se decontestualizzate, si prestano ad apparire come base teorica ("convenzionale") su cui costruire un contrasto tra normativa interna e CEDU. L'orientamento inaugurato dal giudice delle leggi con le sentenze gemelle (...) suscita notevoli problemi quando si vuole dare in Italia efficacia, sia pure mediata, a decisioni relative ad altri Stati, per normative che talora, oltretutto, sono diverse da quelle vigenti nel nostro Paese. Il giudice delle leggi, infatti, sia pure per il tramite dell'art. 117 primo comma Cost., finisce per dare efficacia generale, *erga omnes*, a sentenze che ne sono "strutturalmente" prive nel sistema (convenzionale) da cui provengono, essendo adottate con valore *inter partes*». Sul carattere "concreto" del giudizio davanti alla Corte di Strasburgo diverso da quello davanti alla Corte Costituzionale v. COSTA J.P., *Il ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.int.dir.uomo*, 2000, p. 440 che parla di «sincretismo pragmatico». In generale sulle differenze tra giudizio della Consulta e giudizio della Corte di Strasburgo v. GALLO F., *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, in www.cortecostituzionale.it, il quale afferma «la Corte costituzionale e la Corte EDU si caratterizzano (...) per non lievi diversità quanto al metodo, all'uso degli strumenti dell'argomentazione giuridica e agli effetti delle pronunce; e ciò rende il *judicial transplant* un'operazione intellettualmente complessa». Prosegue poi con l'elencazione delle più rilevanti diversità tra le due Corti: «La prima riguarda il differente rilievo del "caso". Per la Corte costituzionale italiana il caso è l'elemento che (...) esprime (...) solo la necessaria concretezza di un giudizio costituzionale, che ha però per oggetto la norma nella sua formulazione generale-astratta e che, pertanto, assume la fattispecie da cui sorge l'incidente di costituzionalità nella sua dimensione idealtipica, universalizzabile. Per la Corte EDU, invece, il caso è l'unica direzione di senso del *dictum*. La decisione, strettamente calibrata sulle vicende della fattispecie concreta, non aspira a definire massime di giudizio indefinitamente valide *pro futuro* e,

Sulla natura della giurisprudenza della Corte EDU la Consulta ha successivamente confermato la «funzione interpretativa eminente»⁹⁰ e ne ha accentuato il ruolo di interprete della CEDU⁹¹. Nella sent. 27 febbraio 2008, n. 39 la Corte afferma che la peculiarità delle disposizioni della CEDU nell'ambito della categoria delle norme interposte «consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi»⁹². La radicalizzazione del ruolo della Corte di Strasburgo nell'interpretazione della Convenzione non restringe solo la capacità interpretativa del giudice comune⁹³ ma anche quella della stessa

pertanto, è generalmente non universalizzabile (...). La seconda diversità riguarda le tecniche argomentative e di strategia di legittimazione. Nella definizione dei concetti giuridici la Corte costituzionale italiana segue un indirizzo formalista; la Corte di Strasburgo, dovendo distillare regole da applicarsi a 47 diverse tradizioni nazionali, ha invece un approccio necessariamente sostanzialista. (...) La terza diversità riguarda l'uso del metodo comparativo. La Corte EDU – diversamente dalla Corte costituzionale italiana – ne fa largo uso. (...) Dalla comparazione, infatti, la Corte EDU trae gli strumenti per governare la tutela dei diritti in un assetto accentuatamente pluralistico qual è il Consiglio d'Europa. Insomma, la comparazione è strumento per “neutralizzare” temi che altrimenti sarebbero esposti a interpretazioni ideologiche ed eccessivamente soggettivizzate. La quarta ed ultima diversità attiene alla esternazione del processo formativo della decisione. Diversamente dalla Corte costituzionale italiana – che non prevede la possibilità di esternare eventuali opinioni concorrenti o dissenzienti – nella Corte EDU la previsione di *concurring* e *dissenting opinions* (art. 74, comma 2, delle Regole di procedura della Corte) conferisce la massima trasparenza alle visioni contrapposte che si sono fronteggiate in camera di consiglio e uno sviluppo maggiormente dialettico – e dunque meno assertivo – alle pronunce più importanti».

⁹⁰ Cfr. Corte cost. sent. n. 348/2007 punto n. 4.6 *cons. in dir.*

⁹¹ Secondo PASSAGLIA P., *La Corte ed i rapporti tra il diritto interno e il diritto sovranazionale, l'ordinamento interno e ordinamento internazionale*, in ROMBOLI R. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale, triennio 2008-2010*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 318, il giudice di Strasburgo «sostanzialmente [l']esclusivo» interprete della CEDU.

⁹² Cfr. Corte cost. sent. n. 39/2008 punto n. 5 *cons. in dir.* Nello stesso senso v. sent. n. 311 del 2009 punto n. 6 *cons. in dir.* «al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti»; sent. n. 317 del 2009 punto n. 7 *cons. in dir.* che parla di «interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita».

⁹³ Tale “esclusiva” interpretativa, difatti, riporta alla luce, lasciando ancora una volta priva di soluzione, la problematica sollevata da quella parte della dottrina che, già in riferimento alle sentt. cc.dd. gemelle, rimproverava ai giudici costituzionali di non aver attribuito al giudice comune un preventivo dovere di interpretazione conforme a Costituzione della normativa convenzionale a cui il giudice stesso deve ermeneuticamente adeguare la norma interna contrastante. In altre parole la Corte non ha voluto dare risposta al rischio che, nel caso in cui il tentativo di interpretazione conforme a norma pattizia da parte del giudice comune dia esito positivo, permanga «nel nostro ordinamento (...) una norma conforme ad altra norma (quella internazionale) di possibile dubbia costituzionalità» (CARETTI P., *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 315).

Corte costituzionale, che nella sent. 4 dicembre 2009, n. 317⁹⁴, dichiara di non poter «sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione»⁹⁵.

Dunque, «un vincolo interpretativo (...) assoluto e incondizionato alla giurisprudenza della Corte europea in capo ai giudici comuni ed alla Corte costituzionale per quanto riguarda l'inquadramento dell'esatta portata della norma convenzionale. (...)La funzione interpretativa della Corte europea diventa dunque ora talmente eminente da escludere qualsiasi intervento da parte di altri giudici, (...) il che, però, non significa (...) che Corti costituzionali e Parlamento abbiano le mani legati a riguardo»⁹⁶.

2.3. segue Il margine di apprezzamento e l'approccio sostanzialistico

Bisogna, però, notare che se da una parte la Corte costituzionale ha concesso questa sorta di “monopolio interpretativo” alla Corte EDU dall'altra si è riservata un proprio spazio di discrezionalità attraverso la trasposizione a livello interno della c.d. teoria del margine di apprezzamento di matrice sovranazionale⁹⁷.

⁹⁴ Per commenti alla sentenza v. UBERTIS G., *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*, in *Giur. cost.*, III, 2009, 4765-4672 e BILANCIA F., *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il «margine di apprezzamento» statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, III, 2009, 4772-4778.

⁹⁵ Cfr. Corte cost. sent. n. 317/2009 punto n. 7 *cons. in dir.* Critico nei confronti di questo vincolo interpretativo così stringente PASSAGLIA P., *op. cit.*, p. 319 il quale afferma «se nella sent. n. 349, il giudice nazionale era chiamato ad un'opera di applicazione ed interpretazione della Convenzione (...) il suo ruolo è stato quindi ridimensionato al solo ambito applicativo, configurandosi alla stregua di un ripetitore dell'interpretazione che è la (sola) Corte europea a fornire».

⁹⁶ Cfr. O. POLLICINO, *op. cit.*, 2.

⁹⁷ Sull'argomento, *ex plurimis*, DONATI F. e MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 65-118.

Tale teoria è frutto del riconoscimento agli Stati contraenti, accordato dalla Corte EDU⁹⁸, di un margine di discrezionalità nell'attuazione dei diritti garantiti dalla Convenzione⁹⁹. Con il margine di apprezzamento la Corte «ha inteso trovare un punto di equilibrio che favorisse le parti contraenti nel conciliare la propria irrinunciabile sovranità col rispetto degli obblighi convenzionali»¹⁰⁰ e ha assunto un atteggiamento di *self-restraint* a tutela delle diversità degli Stati europei.

Con tale teoria si è messo in luce che la volontà unificatrice riguarda «i concetti di base che tendono a fissare la protezione minima prevista dalla Convenzione per i diritti protetti e non a imporre un diritto uniforme a tutto il Continente europeo»¹⁰¹.

La sentenza *Handyside c. Regno Unito*¹⁰², in particolare, rappresenta una esemplificazione chiara del funzionamento di tale meccanismo in sede convenzionale.

Nel caso, che riguardava la presunta contrarietà all'art. 10 par. 2 della CEDU di un provvedimento statale che censurava la diffusione di libri ritenuti, dal governo inglese osceni, la Corte si trovava chiamata a valutare sulla legittimità delle limitazioni poste dallo Stato alla libertà di espressione (dell'editore) riconosciuta e garantita dall'art. 10 CEDU.

La Corte, dopo aver rammentato che il sistema di protezione dei diritti umani predisposto dalla Convenzione CEDU ha natura esclusivamente sussidiaria rispetto ai sistemi di protezione nazionali, riconosce che fra gli obiettivi che possono legittimamente limitare, ai sensi della Convenzione, l'esercizio della libertà di espressione del pensiero, vi è certamente la difesa della morale. Sul

⁹⁸ Cfr. Corte EDU (Commissione) 2 giugno 1956, *Grecia c. Regno Unito*; Corte EDU (Commissione) 7 aprile 1961, *Lawless c. Irlanda* dove si riconosceva, per la prima volta, agli Stati membri un margine di discrezionalità nel valutare la sussistenza dei presupposti della “guerra” e del “pericolo pubblico che minacci la vita della nazione” che ai sensi dell' art. 15 CEDU concede la facoltà per gli ordinamenti nazionali di derogare ad alcuni obblighi convenzionali.

⁹⁹ Questa estensione dell'ambito di operatività del margine di apprezzamento oltre l'ambito delle deroghe alla Convenzione ex art. 15 CEDU si deve a Corte EDU 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*.

¹⁰⁰ A. CARDONE, cit., p. 405.

¹⁰¹ RAIMONDI G., *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in Atti del convegno tenutosi presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano l'11 gennaio 2013 sul tema “La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: Il Meccanismo di Decisione della CEDU ed i Criteri di Interpretazione Conforme alla Convenzione Europea”, in www.europeanrights.eu.

¹⁰² Corte EDU 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito* sulla quale v. anche *infra* Cap. II par. 2.

concetto di morale idonea a limitare la libertà di espressione, però, non si è raggiunto un *consensus* standard europeo, ovvero non vi è una concordanza negli ordinamenti nazionali¹⁰³.

La morale, in altre parole, viene considerata in maniera diversa in ogni paese e per questo lo Stato, in virtù della propria posizione privilegiata è maggiormente legittimato rispetto al giudice internazionale ad interpretare il preciso contenuto delle esigenze complessive che danno luogo, in quel paese ed in quel momento storico, al concetto di morale.

Si viene così a richiamare, precisandola, la teoria *margin of appreciation* che discende da due circostanze contestuali: l'assenza di una definizione europea comune di morale e la *better position* dello Stato rispetto alla Corte EDU¹⁰⁴.

Ebbene, nelle sentenze n. 311¹⁰⁵ e n. 317¹⁰⁶ del 2009 viene elaborata una teoria del margine di apprezzamento "all'italiana" con contorni molto diversi da quella elaborata dalla Corte EDU¹⁰⁷.

Al contrario di quello frutto della giurisprudenza della Corte europea, il margine di apprezzamento come inteso dalla Corte costituzionale «implica che il bilanciamento coinvolga dall'esterno una norma convenzionale dal contenuto già predeterminato dalla Corte di Strasburgo, mettendola a confronto con esigenze

¹⁰³ Sull'uso del canone del *consensus* standard da parte della Corte EDU e sulla distinzione rispetto al margine di apprezzamento in sede europea v. *infra* Cap. III par. 3

¹⁰⁴ Cfr. Corte EDU, caso *Handyside c. Regno Unito* (ric. 5493/72), sent. del 7 dicembre 1976, par. 48 dove si afferma: «the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights», aggiungendo, poi, che la Convenzione lascia «to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted».

¹⁰⁵ Cfr. il commento di MASSA M., *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giur. cost.*, III, 2009, 4679-4691; RUGGERI A., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in www.forumcostituzionale.it; DICKMANN R., *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU?*, in www.federalismi.it, 16 dicembre 2009.

¹⁰⁶ V. POLLICINO O., *Loc. ult. cit.*, sottolinea come nelle sentt. n. 311 e n. 317 del 2009, gli stessi redattori delle note sentt. n. 348 e n. 349, confermino quanto affermato nelle decisioni precedenti introducendo degli elementi di novità. «Nelle due sentenze, infatti, alla valorizzazione del vincolo interpretativo nei confronti della giurisprudenza della Corte europea si combina una sottolineatura, certamente non casuale, della possibilità che, in determinati casi, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo attribuisce agli Stati membri di distanziarsi da quanto previsto dagli orientamenti di Strasburgo». La sent. n. 311/2009 specifica per quanto riguarda la possibilità che per «motivi imperativi di interesse generale, il legislatore si possa sottrarre al divieto, ai sensi dell'art. 6 CEDU di interferire nell'amministrazione della giustizia».

¹⁰⁷ Cfr. LAMARQUE, *ult. cit.*, pp. 961 ss.

proprie dell'ordinamento costituzionale nazionale, e possa quindi avere come risultato ultimo quello di sacrificare il rispetto della norma convenzionale in nome di altre, preponderanti, esigenze costituzionali nazionali»¹⁰⁸.

Nella sentenza il giudice costituzionale rivendica un potere di bilanciamento che non spetta solamente al legislatore ma anche alla Corte stessa che nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali può servirsi del “margine di apprezzamento” per assicurare che «la tutela dei diritti fondamentali [sia] sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»¹⁰⁹.

Particolare attenzione, inoltre, deve rivolgersi a queste pronunce dal momento che proprio qui sembra affiorare distintamente il concetto di “massimizzazione delle tutele” come canone interpretativo utilizzato dalla Corte costituzionale italiana.

¹⁰⁸ V. LAMARQUE E., *ult. cit.*, p. 962. Cfr. sent. n. 311/2009 dove si specifica: «peraltro, fare salvi i motivi imperativi d'interesse generale che suggeriscono al legislatore nazionale interventi interpretativi nelle situazioni che qui rilevano non può non lasciare ai singoli Stati contraenti quanto meno una parte del compito e dell'onere di identificarli, in quanto nella posizione migliore per assolverlo, trattandosi, tra l'altro, degli interessi che sono alla base dell'esercizio del potere legislativo»; e si aggiunge che «le decisioni in questo campo implicano, infatti, una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento in materia fiscale...» (punto n. 9 *cons. in dir.*). È bene sottolineare come i giudici della Consulta, nella sent. 311 del 2009, abbiano avuto premura di evidenziare come la loro giurisprudenza fosse totalmente in sintonia con quella di Strasburgo (dimostrazione ne sono le molte cause decise dalla Corte EDU citate Cfr., ad es., punto n. 9 *cons. in dir.* «nel caso *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito* (utilizzata *mutatis mutandis* anche nella (...) pronuncia *Forrer-Niederthal c. Germania*), (...) è stato ritenuto che l'adozione di una disposizione interpretativa può essere considerata giustificata allorché lo Stato, nella logica di interesse generale di garantire il pagamento delle imposte, abbia inteso porre rimedio al rischio che l'intenzione originaria del legislatore fosse, in quel caso, sovvertita da disposizioni fissate in circolari»). Tale eccessiva solerzia è stata presto smentita dalla Corte di Strasburgo che proprio in riferimento allo stesso oggetto della sent. 311 ne ha contraddetto le risultanze. Difatti, con le decisioni nn. 43549/08, 6107/09 e 5087/09 sui ricorsi *Agrati e altri c. Italia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo (sez. II) si è pronunciata in riferimento alla stessa legge di interpretazione autentica che la Corte costituzionale (sent. n. 311 del 2009) aveva escluso violasse l'art. 6 CEDU. Di questa legge, ora, la Corte EDU ha «accertato il contrasto non solo con l'art. 6, ma anche con l'art. 1 del Protocollo n. 1 (art. P1-1)» (Cfr. MASSA M., *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, in www.forumcostituzionale.it, 14 giugno 2011). La sentenza costituzionale riportata, dunque, suscita particolare valore non solo per i profili rilevati nel testo ma, soprattutto, per i rapporti tra giurisdizione europea e costituzionale, con riguardo all'eventualità, verificatasi nel caso, che una sentenza di Strasburgo accerti una violazione della Convenzione in precedenza negata nel giudizio su di una legge ex art. 117, primo comma Cost.

¹⁰⁹ C. cost. sent. n. 317 del 2009, punto 7 del cons. dir.

In queste decisioni¹¹⁰, opera degli stessi relatori delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, infatti, la Corte costituzionale torna nuovamente sulla questione dei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano, fornendo una definizione di tutela multilivello dei diritti in base alla quale la tutela dei diritti deve individuarsi secondo una "combinazione virtuosa"¹¹¹ tra il ruolo svolto dal legislatore quello del giudice comune, che deve procedere ad un'interpretazione della norma interna conforme alla Convenzione, e la Corte costituzionale che non può consentire che, nel caso di esito negativo dell'interpretazione adeguatrice, continui ad avere efficacia nell'ordinamento una norma di cui sia accertato il *deficit* di tutela riguardo ad un diritto fondamentale.

In particolare il «confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti»¹¹².

Sembrerebbe, dunque, potersi individuare la volontà di un riassetto dell'equilibrio complessivo dei rapporti tra diritto CEDU e diritto interno, attenuandosi quell'orientamento emerso nella giurisprudenza precedente a favore di una prospettiva ricostruttiva prettamente di matrice formale¹¹³.

Si afferma «in maniera molto chiara che la Cedu e la sua giurisprudenza vengono in considerazione solo se approntano un livello di tutela maggiore rispetto al livello nazionale»¹¹⁴ così potendosi dedurre che, nel caso in cui la tutela offerta dal sistema CEDU risultasse minore di quella apprestata da un norma interna, il problema potrebbe essere facilmente risolto alla stregua dell'art. 53 della Convenzione, espressamente richiamato dalla Corte¹¹⁵.

La sentenza n. 317 ha avviato, dunque, un orientamento nuovo rispetto a quello sostenuto in precedenza nella sent. n. 135 del 2002, che aveva dichiarato

¹¹⁰ In particolare v. sent. n. 311 e 317 del 2009.

¹¹¹ C. cost. sent. 317 del 2009, punto 7 cons. dir.

¹¹² C. cost. sent. 317 del 2009, punto 7 cons. dir.

¹¹³ Cfr. *supra* C. cost. sent. n. 39 del 2008 ma anche la stessa sent. n. 317 del 2009.

¹¹⁴ D. TEGA, *I diritti in crisi tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, p. 89.

¹¹⁵ Cfr. Art. 53 CEDU su cui v. *amplius* cap. II. Dunque nell'ipotesi di «contrasto (...) dettato da un *deficit* di tutela della CEDU rispetto alla normativa interna, allora è ovvio che la prima ceda di fronte alla seconda» (V. PASSAGLIA P., *op. cit.*, 322).

non fondata la questione di legittimità costituzionale facendo leva, tra l'altro, sul richiamo alle garanzie più ridotte in tema di libertà domiciliare presenti nella Cedu e nella Carta europea¹¹⁶.

La Corte nella sent. n. 317 ha individuato un «criterio cardinale di risoluzione»¹¹⁷ della problematica nell'affermazione secondo cui la «Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento comporta che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti»¹¹⁸. La Corte sembrerebbe quindi aver sviluppato un percorso di integrazione¹¹⁹ tra le Carte sulla base del quale «la rigida attinenza alla gerarchia formale è stata sostituita da un'impostazione assiologico-sostanziale, basata sul livello di tutela più elevato»¹²⁰.

La Consulta argomenta spiegando che «un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa CEDU certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali»¹²¹.

¹¹⁶ Sottolinea il cambiamento di rotta E. CRIVELLI, *cit.*, p. 779.

¹¹⁷ Cfr. PASSAGLIA P., *loc. ult. cit.*

¹¹⁸ Cfr. Corte cost. sent. 317/2009 punto n. 7 *cons. in dir.*

¹¹⁹ Cfr. RUGGERI A., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in www.forumcostituzionale.it, 4 ss.

¹²⁰ V. PASSAGLIA P., *op. cit.*, 523 che poi aggiunge «Il criterio della massima estensione della tutela non deve, però, essere applicato in relazione al singolo diritto». Lo stesso sarebbe deducibile dalla sent. n. 317/2009 che, al punto n. 7 del *cons. in dir.*, postula «il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscono diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela». Si può quindi cogliere un ulteriore passaggio, quello dalla tutela del singolo diritto alla tutela sistemica.

¹²¹ Cfr. Corte cost. sent. n. 317/2009 punto n. 8 *cons. in dir.* poi continua «il margine di apprezzamento nazionale può essere determinato avuto riguardo soprattutto al complesso dei diritti fondamentali, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze».

In tal senso si è parlato di “schegge argomentative”¹²² di natura assiologico-sostanziale per cui «pur essendo la CEDU formalmente subordinata alla Costituzione potrebbe presentare un livello di tutela maggiore innalzando in questo modo il livello di sviluppo complessivo dell’ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali e aprendo così la strada all’applicazione di un bilanciamento bidirezionale»¹²³.

La combinazione di questi due orientamenti, uno inerente al vincolo interpretativo della giurisprudenza di Strasburgo e l’altro inerente alla teoria italiana del margine di apprezzamento, renderebbe il sistema creato dalla Corte costituzionale da un lato estremamente rispettoso del ruolo della Corte di Strasburgo ma, dall’altro lato, eccezionalmente attrezzato per reagire a ogni possibile «colonialismo giurisdizionale»¹²⁴ da parte della Corte EDU stessa, qualora la Corte costituzionale italiana ritenesse «necessario resistere alla giurisprudenza di Strasburgo»¹²⁵.

Per quanto, sulla base delle sentenze qui riportate, la considerazione del “sistema” CEDU risulti accresciuta¹²⁶, non si può tradurla come un «appiattimento del sistema nazionale sul diritto sovranazionale»¹²⁷, poiché, infatti, residuano pur sempre strumenti atti a far valere le peculiarità dell’ordinamento italiano¹²⁸.

In seconda battuta va rilevato come la Corte abbia esplicitato, nelle pronunce successive alle sentenze gemelle, in che cosa debba esplicarsi

¹²² Così le ha definite Antonio Ruggeri in svariati scritti, tra cui, recentemente, v. RUGGERI A., *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento “intercostituzionale”*, in www.federalismi.it. Secondo il quale è possibile rinvenire delle schegge argomentative di portata assiologico-sostanziale nella parete formale astratta del *reasoning* delle sentenze gemelle del 2007.

¹²³ Cfr. LIBERATI F., *loc. ult. cit.* Sul c.d. bilanciamento bidirezionale v. anche POLLICINO O., *op. cit.*, pp. 2 ss.

¹²⁴ Cfr. CARTABIA M., *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il mulino, 2007, pp. 63-64.

¹²⁵ In questo senso LAMARQUE E., *op. cit.*, p. 962. Questo potrebbe verificarsi in ragione della difesa del sistema dei diritti fondamentali delineati dalla nostra Costituzione e dei bilanciamenti tra diritti fondamentali propri della nostra tradizione costituzionale.

¹²⁶ Tanto da spingere alcuni a parlare di monopolio interpretativo riconosciuto alla Corte EDU e di «bilanciamento finalmente bidirezionale» (come definito da POLLICINO O., *op. cit.*, p. 4).

¹²⁷ Cfr. PASSAGLIA P., *op. cit.*, 324.

¹²⁸ V. il c.d. margine di apprezzamento “all’italiana”, di cui v. *supra* Cap. I par. 2.3.

l'annullamento¹²⁹ nei casi eccezionali di conflitto tra CEDU e Costituzione: la conseguenza ultima non può che essere una declaratoria di incostituzionalità ma la sent. n. 311 del 2009 «ha opportunamente escluso di poter riferire alla norma convenzionale *ut sic*, dovendo di contro appuntarsi (...) sulla legge di adattamento»¹³⁰.

Successivamente la Corte costituzionale chiamata a vagliare la legittimità costituzionale del regime transitorio introdotto dalla legge c.d. ex Cirielli, inteso a precludere l'applicazione retroattiva di norme di maggior favore in tema di prescrizione, ha in parte circoscritto la portata della giurisprudenza della Corte EDU.

Nella sent. n. 236 del 2011 infatti esclude che l'interpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo dell'art. 7 CEDU in base al quale sarebbe riconosciuto il principio di retroattività della *lex mitior*¹³¹, possa integrare il parametro di cui all'art. 117, c. 1, Cost. Ebbene la Consulta, sulla base della diversa definizione di "norme penali di sfavore" (più restrittiva nella giurisprudenza convenzionale, e più estesa in quella costituzionale tanto da ricomprendere non solo le norme su reati e sanzioni ma tutte quelle che incidono sulla pena), fa salva la normativa transitoria sulla prescrizione di alcuni reati¹³².

In particolare, sulla giurisprudenza convenzionale, la Corte afferma la necessità di rispettare la sostanza della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, pur permanendo un margine di apprezzamento e di adeguamento necessario a tenere in conto le peculiarità dell'ordinamento giuridico nel quale la normativa convenzionale è destinata ad inserirsi.

L'idea di margine di apprezzamento però, introdotto a partire dalla sent. n. 317/09 e riproposto in questa pronuncia, non corrisponde a quello enucleato dalla

¹²⁹ Nella sent. n. 348/2007 si faceva un generico riferimento ai «modi rituali».

¹³⁰ Cfr. PASSAGLIA P., *ult. cit.*, 321. V. per la giurisprudenza sent. n. 311/2009 punto n. 6 *cons. in dir.* e conformemente sent. n. 93/2010 punto n. 4 e 7 *cons. in dir.*

¹³¹ Cfr. Corte EDU caso *Scoppola c. Italia*, (Ric. n. 50550/06), sentenza 10 giugno 2008, nella quale la Corte EDU aveva affermato il principio di retroattività della *lex mitior*, sebbene la lettera dell'art. 7 CEDU si esprima solo in merito all'irretroattività delle norme di sfavore.

¹³² Nel sistema italiano, infatti, sebbene il principio dell'irretroattività delle norma penale trovi un fondamento costituzionale nell'art. 25 Cost., lo stesso non può dirsi per il contrapposto principio della retroattività della norma penale di favore, prevista all'art. 2 c.p. e dunque derogabile da parte di altri testi normativi. Alcuni hanno rinvenuto un appiglio costituzionale nell'art. 3 Cost. ovvero nel principio di eguaglianza. Tale riconoscimento, però, è subordinata ad una valutazione del caso concreto ed è derogabile contrariamente all'irretroattività consacrata nell'art. 25 Cost.

giurisprudenza convenzionale a partire dalla fine degli anni '50 e ora richiamato espressamente nel Protocollo 15.

Tale dottrina, infatti, «viene applicata in base ai criteri della *better position* dello Stato e del *consensus standard* a livello europeo»¹³³.

Una volta, però che la Corte EDU abbia accertato la violazione da parte dello Stato della Convenzione, ciò significa che ci si trova già fuori dallo spazio di manovra consentito dal margine di apprezzamento, e valutato in sede di decisione dal giudice convenzionale.

Dunque bisogna escludere che la dottrina del margine di apprezzamento, per come elaborata dalla Corte EDU, consenta alla Corte costituzionale nazionale di valutare ulteriormente ed autonomamente se sia possibile ripensare la giurisprudenza sopranazionale alla luce di un “margine” nazionale.

A ciò, inoltre, non osta la presenza nella Convenzione dell'art. 53 CEDU, seppure richiamato *ad adiuvandum* dalla Corte costituzionale nella sent. n. 317 del 2009, dal momento che «si salda con la dottrina del margine di apprezzamento nel consentire agli Stati un'applicazione “temperata” della CEDU» a monte, ovvero da parte del legislatore nazionale. Anche *ex art.* 53 CEDU, infatti, è la Corte EDU a verificare il bilanciamento operato dal legislatore italiano nell'ambito del margine di apprezzamento ad esso concesso.

Con la sentenza n. 264 del 2012, invece, si applica quel “bilanciamento” che fino a quel momento si era solo astrattamente ipotizzato, arrivando così ad eludere la giurisprudenza della Corte EDU.

Con le sentenze gemelle, infatti, si era inaugurata la giurisprudenza sulla base della quale è possibile per la Corte costituzionale discostarsi dalle sentenze della Corte europea dal momento che la CEDU rimane sempre soggetta alle norme della Costituzione italiana e che l'applicazione della Convenzione deve comportare un *plus* di garanzie per il complesso dei diritti fondamentali.

La giurisprudenza successiva ha modulato diversi canoni sulla base dei quali valutare la conformità della norma convenzionale con la Costituzione ed, eventualmente, operare il bilanciamento del parametro dell'art. 117, c. 1, Cost. per

¹³³ C. PADULA, *La Corte costituzionale ed i “controlimiti” alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1., cost.*, in *Federalismi.it*, 23, 2014, p. 35. Sul *consensus v. infra* Cap. III par. 3.

come integrato dalla norma internazionale con le altre norme della Costituzione ovvero «verificare che la legge interna, di cui era stata accertata l'illegittimità "convenzionale", non fosse volta a soddisfare interessi costituzionali prevalenti sugli obblighi internazionali»¹³⁴.

Come si è già detto, la sent. 348 del 2007 prevedeva un vero e proprio "schema binario" dove i due controlli (test di conformità e bilanciamento) erano scissi e autonomi.

La sentenza n. 349/07, pur ispirata dalla stessa idea, proponeva uno "schema unitario" dove i due controlli (conformità e bilanciamento) sono mescolati «in modo tale che il secondo sembra derivare dal primo»¹³⁵.

La sent. n. 39 del 2008 conferma tale impostazione, affermando che l'unico limite al carattere vincolante delle sentenze della Corte europea è il controllo di costituzionalità (includendo nello stesso l'eventuale bilanciamento tra l'obbligo costituzionale di cui all'art. 117, co. 1, Cost. con le altre norme costituzionali).

La sent. n. 317/2009 aggiunge un ulteriore tassello a tale quadro, enucleando quello che abbiamo definito "margine di apprezzamento all'italiana", facendo tuttavia nascere da questo la conseguenza di poter bilanciare la giurisprudenza convenzionale con contrapposti principi interni dal momento che la Corte costituzionale è chiamata ad operare una valutazione sistemica dei diritti invece il carattere della tutela offerta dalla Corte EDU è frazionato.

Con la sentenza n. 236 del 2011 si ritornava, invece, allo schema binario operando dapprima un controllo sulla norma convenzionale – (test di conformità) – poi, una volta verificata la conformità, valutando il bilanciamento con altre norme costituzionali e altri interessi costituzionalmente protetti.

Ebbene, con la sentenza n. 264 del 2012 la Corte fa applicazione del bilanciamento per far salve norme interne seppur oggetto di condanna da parte della Corte di Strasburgo¹³⁶.

¹³⁴ Così C. PADULA, *cit.*, p. 15.

¹³⁵ Così C. PADULA, *cit.*, p. 17.

¹³⁶ Corte EDU caso *Maggio c. Italia*, sentenza 31 maggio 2011 (ricorsi nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08).

La questione è nota e riguarda la vicenda delle c.d. pensioni svizzere. Essa prende le mosse da una legge di interpretazione autentica italiana – per sua stessa natura retroattiva – che forniva una esegesi della normativa in vigore sul trattamento pensionistico di una determinata categoria di lavoratori. La legge ha infatti previsto che per i lavoratori residenti in Svizzera che hanno usufruito del trasferimento all'INPS dei contributi versati fuori dall'Italia (sulla base di convenzioni bilaterali tra l'Italia e la Svizzera), la normativa italiana in materia pensionistica doveva essere interpretata in modo da escludere tali soggetti dall'applicazione del criterio retributivo, procedendo alla rideterminazione del trattamento pensionistico su base contributiva.

Tale legge è stata censurata dalla Corte europea, nella sentenza *Maggio c. Italia*, per violazione dell'art. 6 CEDU dal momento che la natura retroattiva della legge di interpretazione autentica ledeva il diritto dei soggetti ad un equo processo per interferenza del legislatore nella risoluzione delle controversie.

La Corte europea, in particolare, ha ritenuto non sufficienti le ragioni di interesse generale – ovvero di equilibrio finanziario del sistema pensionistico – a giustificare il ricorso ad una legge retroattiva.

La Consulta, invece, chiamata successivamente ad esprimersi sulla medesima controversia, dichiara infondata la questione. Nel bilanciamento tra l'art. 117, co. 1, Cost. – per come integrato dall'art. 6 CEDU nella interpretazione della Corte di Strasburgo – e l'art. 81, prevale il secondo che è espressione del principio di equilibrio finanziario.

In altre parole la Corte, pur dichiarando di aderire alle premesse della Corte europea, opera un diverso bilanciamento e reputa che «non facciano difetto quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva»¹³⁷ reputati insufficienti dalla Corte europea¹³⁸.

¹³⁷ M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2015, p. 44

¹³⁸ La vicenda delle “pensioni svizzere” è tornata nuovamente alla Corte Costituzionale, dopo che la Corte di Cassazione (ordinanza interlocutoria n. 4881/2015 depositata l'11 marzo 2015) ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 777, primo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, in riferimento all'art. 117 Cost., primo comma, per come integrato dall'art. 6, paragrafo 1, e all'art. 1 Protocollo n. 1 allegato alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU) come interpretata dalla Corte

In tale sentenza, dunque, la divergenza con la giurisprudenza convenzionale è dovuta più all'approccio metodologico che a statuizioni di principio. Come sottolineato dalla Corte infatti «il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo a fini di temperamento della rigidità dei principi formulati in sede europea – deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»¹³⁹.

Diversamente, invece, nella sent. n. 170 del 2013 la Corte costituzionale, basandosi su criteri di valutazione elaborati dalla giurisprudenza convenzionale ai fini della possibilità per una legge di esplicare effetti retroattivamente, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge sottoposta al suo esame. Sulla retroattività delle leggi il giudizio delle due Corti si è andato, infatti, progressivamente avvicinando, comportando un inasprimento della valutazione nazionale (prima «piuttosto deferente e accomodante nei confronti del legislatore»¹⁴⁰). Non mancano pronunce recenti nelle quali la Corte ha confermato questa linea giurisprudenziale più esigente nei confronti delle leggi retroattive, frutto di orientamenti giurisprudenziali di derivazione convenzionale¹⁴¹.

europea dei diritti dell'uomo, e in particolare dalla sentenza *Stefanetti ed altri c. Italia* del 15 aprile 2014.

¹³⁹ Cfr. Corte cost. sent. n. 264/2012 punto 4.1.

¹⁴⁰ Cfr. M. CARTABIA, *I diritti in Europa: cit.*, p. 40.

¹⁴¹ Cfr. Corte cost. sentt. n. 78 del 2012 e n. 191 del 2014; *contra* si v. il contrasto giurisprudenziale tra la sent. n. 311 del 2009 con la quale la Corte costituzionale italiana aveva valutato la legge retroattiva in materia di trasferimento del personale scolastico non contraria a Costituzione mentre la Corte EDU, nel caso *Agrati c. Italia*, sent. 7 giugno 2011, si pronunciava in senso contrario, accertando il contrasto con l'art. 6 CEDU e con l'art. 1 del Protocollo n. 1. Sul punto si v. P. CARNEVALE e G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali Atti di convegno Dipartimento di Giurisprudenza – Università Roma Tre, Roma, 19-20 marzo 2013*, Roma Tre Press, Roma 2014, p. 123 ss.

Ad aggiustare un po' il tiro rispetto a quanto stabilito nella sent. n. 317 del 2009 è di recente intervenuta l'ord. n. 223 del 2014

Nel 2009, come già detto, la Corte appuntava come violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. qualsiasi violazione della Convenzione salvo poi riservarsi di bilanciare il principio derivante dall'art. 117 con gli altri precetti costituzionali e, eventualmente, far prevalere questi ultimi. Così «a giudizio della Corte la violazione dell'art. 117 avrebbe dovuto essere *quodammodo* “tollerata” o, per dir così, assorbita e compensata dal guadagno complessivo ottenuto dalla Costituzione proprio grazie al mantenimento in vigore della norma interna»¹⁴².

Ebbene, con l'ordinanza appena richiamata si accenna – in maniera stringata data la natura propria del provvedimento che dichiara la manifesta inammissibilità della questione – ad una diversa, meno articolata, lettura: qualora la norma interna assicuri un innalzamento di tutela rispetto al livello raggiunto dalla norma convenzionale non si può ragionare di una possibile violazione dell'art. 117, dal momento che la stessa Convenzione dichiara di avere un ruolo meramente “sussidiario” dovendo essere applicata unicamente laddove sia in grado di offrire una garanzia più “intensa” ai diritti, dal momento che «l'art. 53 della stessa CEDU stabilisce espressamente che l'interpretazione delle norme della Convenzione non può limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente» e che «resta comunque escluso che disposizioni maggiormente garantiste di diritto interno possano essere ritenute costituzionalmente illegittime in nome dell'esigenza di rispetto di norme della CEDU, o della loro interpretazione da parte della Corte di Strasburgo»¹⁴³.

Tale percorso di evoluzione del rapporto sistema costituzionale interno e sistema convenzionale, però, ha subito una improvvisa battuta di arresto nella sent. n. 49 del 2015 con la quale la Corte ha apparentemente contraddetto quanto in precedenza affermato.

Con la sentenza in esame, infatti, la Consulta sembra mettere in discussione i presupposti argomentativi su cui si ancorava l'impostazione inaugurata con le sentenze gemelle (sentt. n. 348 e n. 349 del 2007) e riaffermata

¹⁴² Cfr. A. RUGGERI, *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in *ConsultaOnline*, 2014, p. 3.

¹⁴³ Cfr. Corte cost. Ord. n. 223 del 2014.

con le cc.dd. seconde sentenze gemelle (n. 311 e n. 317 del 2009)¹⁴⁴. Sembrano infatti vacillare gli stessi cardini decisionali della giurisprudenza precedente quali, ad esempio, la “presupposta” supremazia della CEDU sulla fonte legislativa in contrasto; l'impossibilità di applicare direttamente le norme della Convenzione da parte dei giudici comuni al caso di specie e la conseguente necessità di sollevare una questione di legittimità costituzionale e, infine, la possibilità di estendere l'oggetto del giudizio «al fine di ricomprendere anche la valutazione della costituzionalità della stessa fonte interposta, laddove quest'ultima (...) risulti a sua volta affetta da un'evidente incompatibilità con il programma di valori espresso della Costituzione»¹⁴⁵.

La Corte piuttosto, si sofferma a ristabilire – in maniera perentoria, quasi stizzita – quali siano i limiti di vincolatività della giurisprudenza convenzionale, scandendo nel dettaglio quali siano le operazioni che il giudice comune deve compiere per ritenersi vincolato (o meno) da quanto statuito in sede convenzionale.

Si riafferma che la Corte EDU non determina il significato della normativa interna ma, piuttosto, valuta se la stessa per come applicata abbia violato nel caso specifico la CEDU¹⁴⁶ e che «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU (...) è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme»¹⁴⁷.

Solo così, a detta della Corte, si assicurerebbe il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»¹⁴⁸ il quale imporrebbe ai diversi interpreti interni di aderire acriticamente a un «“patriottismo” costituzionale»¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Anche definite «gemelle...cresciute» da A. RUGGERI, *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in *ConsultaOnline*, 2014, p. 1.

¹⁴⁵ Così N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3, 2015, p. 557.

¹⁴⁶ Cfr. Corte cost. sent. n. 49 del 2015 p. 4 cons. in dir.

¹⁴⁷ Corte cost. sent. n. 49 del 2015 p. 4 cons. in dir. Sul predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU si v. G. SERGES, *Adattamento ai trattati internazionali e strumenti per assicurare la prevalenza degli “obblighi internazionali” nell'ordinamento italiano*, in ID., *Sentenze costituzionali e dinamica delle fonti*, Editoriale scientifica, Napoli 2015, pp. 98-109.

¹⁴⁸ Molto critico sul punto G. GUARINO, *Corte costituzione e diritto internazionale: notarelle a margine della sentenza 49/15*, in *ConsultaOnline*, 2, 2015, p. 569 ss. il quale pone in luce l'inconsistenza di una tale affermazione: «chiara è la volontà della Corte di affermare il predominio, cioè la prevalenza del diritto interno, sia pure costituzionale, italiano sul diritto CEDU e dunque sul diritto internazionale

In particolare la Corte elenca i casi in cui il giudice comune è vincolato dalla decisione del giudice di Strasburgo prospettando una triplice ipotesi: i) «il giudice comune non p[uò] negare di dar corso alla decisione (...) che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi»¹⁵⁰; ii) «il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente»¹⁵¹; iii) «nel caso in cui si trovi in presenza di (...) una “sentenza pilota”, il giudice italiano [è] vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna»¹⁵².

La Corte procede dunque a stabilire quali siano gli indici in base ai quali valutare lo stato di “consolidamento” della giurisprudenza convenzionale: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzianti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano»¹⁵³.

Tali criteri di identificazione, peraltro, rivelano un punto di vista tutto interno della Corte che con un approccio corrivo, probabilmente spinto dall’intento di scongiurare un vincolo di dipendenza generalizzato alle sentenze

(...) perché portatore di valori superiori a quelli della stessa Convenzione». E continua «Sorvoliamo pure sul “superiore”, che in un testo giuridico fa pensare ad un rapporto gerarchico sul quale è lecito avere seri dubbi, ma cosa c’entrano i valori con il diritto? Il diritto, comunque lo si voglia definire (e non è questo il luogo per attardarsi in questa discussione) è un sistema di norme, un sistema di diritti ed obblighi e relative sanzioni. Ebbene, un sistema di valori, a quanto ne so, definisce semmai il modo in cui le norme vanno scritte, la scelta di quali norme scrivere o il loro contenuto, ma non più né meno che questo. L’affermazione della Corte è dunque estremamente (...) arrogante» (p. 570).

¹⁴⁹ A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno: a prima lettura di corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2, 2015, p. 330.

¹⁵⁰ Corte cost. sent. n. 49 del 2015 p. 7 cons. in dir.

¹⁵¹ Corte cost. sent. n. 49 del 2015 p. 7 cons. in dir.

¹⁵² Corte cost. sent. n. 49 del 2015 p. 7 cons. in dir.

¹⁵³ Cfr. sent. n. 49/2015 p. 7 cons. in dir.

europee, trascura alcune specificità del funzionamento della Corte europea e della dimensione in cui opera la sua giurisprudenza¹⁵⁴.

La pronuncia, infatti, lascia aperti non pochi dubbi.

Prioritariamente, ad esempio, non si capisce perché la Corte faccia riferimento all'art. 28 della Cedu per valutare se ci si trovi davanti a una giurisprudenza consolidata¹⁵⁵ quando l'articolo richiamato si riferisce solo incidentalmente alla giurisprudenza consolidata disciplinando piuttosto le competenze dei cd. Comitati, organi preposti al deflazionamento dei lavori delle Sezioni¹⁵⁶.

Anche il riferimento alle opinioni di minoranza dei giudici, oltre a non specificare «quante e quali opinioni dissenzienti occorrono per “disinnescare” il principio affermato dalla Corte EDU»¹⁵⁷, lascia trasparire un'erronea valutazione delle stesse che minerebbe la portata e la vincolatività della singola decisione piuttosto che quello di garantire l'adattamento futuro a sopraggiunte esigenze.

Inoltre, si desume, da quanto affermato dalla Corte che la pronuncia della Grande Camera sia espressione di un orientamento giurisprudenziale divenuto definitivo. Nulla di più sbagliato. In base all'art. 43 CEDU, infatti, la Grande Camera interviene quando vi siano gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o si tratti di un'importante questione di carattere generale, dunque il suo intervento è impedito proprio nel caso in cui le decisioni prese dalle Sezioni semplici siano adesivi di orientamenti consolidati, potendo le sue pronunce «assumere, come spesso avviene, un carattere innovativo»¹⁵⁸.

Infine, anche il riferimento alla sentenza pilota, come elemento di vincolatività per il giudice comune, non corrisponde affatto alla pratica della giurisprudenza convenzionale.

¹⁵⁴ In questo senso G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. cost.*, 2, 2015, pp. 415 ss.

¹⁵⁵ Sulla distinzione tra “diritto vivente” e “giurisprudenza consolidata”, si v. G. REPETTO, *op.cit.*, p. 414 (n. 10) il quale critica l'uso promiscuo dei sintagmi. *Contra* M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2, 2015, pp. 288 ss.

¹⁵⁶ D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 3 dove l'A. si domanda: «Perché si sono volute trarre conclusioni di portata generale da norme specificamente legate alla particolare natura dei Comitati?».

¹⁵⁷ V. D. TEGA, *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁸ G. REPETTO, *op.cit.*, p. 416.

La sentenza pilota più che essere caratterizzata da un maggior grado di vincolatività è piuttosto una «risposta organizzativa interna della Corte europea per far fronte a filoni di contenzioso seriale»¹⁵⁹.

Come si è rilevato, dunque, nella sentenza è contenuto un vero e proprio “appello alla difesa della cittadella costituzionale” (espresso in termini espliciti di «dovere di obbedienza») che «sembra porre i giudici nazionali nella condizione di dover rassegnare le dimissioni da “prime sentinelle” della CEDU per arruolarsi nella schiera dei “difensori della Costituzione” (come se tali compiti non potessero essere svolti contemporaneamente, ma solo l’uno in subordine all’altro), a scapito dell’applicazione di quel «canone fondamentale della miglior tutela» al quale la stessa Corte costituzionale aveva inteso rifarsi e del quale, invece, qui non v’è esplicita traccia»¹⁶⁰.

Questa pronuncia, dunque, sotto l’ombrello di un inedito combinato disposto degli artt. 101 e 117, comma 1, Cost., ha «aperto ad operazioni potenzialmente al ribasso nella protezione dei diritti fondamentali»¹⁶¹ sottacendo completamente gli aspetti concernenti la più intensa tutela sui quali le seconde sentenze gemelle non avevano mancato di insistere.

Nel prosieguo del lavoro si analizzeranno i fondamenti, contenuti nella CEDU e nella CDFUE, a cui questa giurisprudenza fa riferimento e nei quali è forse possibile rintracciare una base legale dalla quale ricostruire, in una chiave interordinamentale, il canone della massimizzazione dei diritti.

3. Un *excursus*. La questione dell’adesione dell’UE alla CEDU: il cambio di rotta segnato dal Trattato di Lisbona

A completare il quadro caratterizzato da una pluralità di Carte e di Corti¹⁶² e dalla difficile operazione di aggregazione delle diverse dinamiche

¹⁵⁹ G. REPETTO, *L’effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritto dell’uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al “doppio binario”*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2014, p. 1092.

¹⁶⁰ Così N. COLACINO, *op. cit.*, p. 558. Sul punto v. anche A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, pp. 325 ss.

¹⁶¹ V. R. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *ConsultaOnline*, 1, 2015, p. 192.

¹⁶² Il parallelismo tra Carte e Corti, evocativo della complessità del sistema ordinamentale multilivello, trae spunto dal titolo della monografia di G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *Carte e corti*

interordinamentali in materia di diritti fondamentali, si deve fare menzione del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 gennaio 2009.

Lo stesso, oltre ad attribuire il medesimo valore giuridico dei trattati alla Carta di Nizza¹⁶³, ha offerto la base giuridica per avviare l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, superando così l'*impasse* creatosi con il Parere 2/94¹⁶⁴.

I punti fermi cui si era pensato di approdare dopo anni di incertezze in ordine al trattamento da riservare in sede di giudizio di legittimità costituzionale alla Convenzione EDU, infatti, trovano oggi un nuovo ostacolo nella novellata formulazione dell'art. 6 del TUE¹⁶⁵.

In virtù delle modifiche apportate al Trattato UE dal Trattato di Lisbona¹⁶⁶, infatti, ci si chiede se sia possibile prospettare una ricostruzione della posizione della CEDU in ambito interno alternativa rispetto a quella delineata dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007¹⁶⁷.

europée, diritti fondamentali e giustizia italiana. L'operatore nazionale fra norme paracostituzionali e sentenze normative europee nella stravolta gerarchia delle fonti, Giappichelli, Torino 2014. Una visione critica di tale complessità è rintracciabile in LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2, 2006, pp. 1664- 1665, il quale rileva che «il costituzionalismo multilivello presenta una visione armonica dei rapporti tra le varie istanze decisionali che non corrisponde alla realtà e ...oculta la dimensione dello scontro» e inoltre sottolinea come per l'operatore giuridico nazionale «le cose non sono affatto semplici e soddisfacenti così come le presenta la dottrina qui criticata, a causa del sovrapporsi di cinque distinte sfere della legalità, il cui coordinamento risulta problematico». Parzialmente critico nei riguardi del dialogo tra Corti DE WITTE B., *The closer thing to a constitutional conversation in Europe: the Semi-Permanent Treaty Revision Process*, in P. BEAUMONT, C. LYONS, N. WALKER (a cura di), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford 2002.

¹⁶³ Sulla quale v. *amplius infra*.

¹⁶⁴ CGUE Parere 2/94 del 28. 3. 1996 emesso ai sensi dell'art. 228 del Trattato CE.

¹⁶⁵ Sull'argomento si v. CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in *Giust. amm.*; BILANCIA P, D'AMICO M., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2009; BULTRINI A., *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in FRAGOLA M. (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 25-37; DANIELE L., *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. un. eur.*, 2009, pp. 652 ss.; D'ANGELO L., *"Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU in virtù del trattato di Lisbona? No senza una expressio causae*, in www.forumcostituzionale.it; GAMBINO S., *Riflessioni sul futuro dei diritti fondamentale e del diritto dell'Unione europea fra nuovi trattati e garanzie giurisdizionali a molti livelli*, in FRAGOLA M. (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 199-213.

¹⁶⁶ Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ha apportato modifiche al Trattato sull'Unione Europea ed è entrato in vigore il 1 dicembre 2009. In Italia è stato ratificato con la legge 2 agosto 2008 n. 130 recante "Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007".

¹⁶⁷ In questo senso cfr. POLACCHINI F., *Cedu e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in

Il Trattato del 2009 ha completamente riscritto il dettato del paragrafo 2 dell'art. 6 TUE¹⁶⁸, fornendo una base giuridica necessaria per avviare i negoziati relativi all'adesione dell'UE alla CEDU¹⁶⁹.

In precedenza, infatti, la Corte di giustizia, su sollecitazione della Commissione europea¹⁷⁰, aveva reso un parere sulla compatibilità con i Trattati istitutivi di un'eventuale adesione della Comunità europea alla Convenzione¹⁷¹. La Corte si era espressa negativamente sancendo che «l'adesione della Comunità alla Convenzione europea avrebbe condotto ad una modificazione sostanziale del regime comunitario di tutela dei diritti dell'uomo di sicuro rilievo costituzionale, tale da richiedere una revisione del Trattato, trascendendo i limiti di cui all'art. 235 TCE»¹⁷².

Il Trattato di Lisbona ha, per l'appunto, sopperito alle esigenze di giustizia lamentate dalla Corte e il nuovo art. 6 TUE prevede espressamente l'adesione dell'Unione alla CEDU.

Tale processo di adesione è stato, però, negativamente segnato dal Parere 2/13 con il quale la Corte di Giustizia, il 18 novembre 2014 ha rilevato la incompatibilità del progetto di accordo di adesione con il diritto dell'Unione¹⁷³.

www.giurcost.org, pp. 26 ss.; ANGELINI F., *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. un. europea*, 2008, p. 489.

¹⁶⁸ Cfr. art. 6 TUE par. 2: «L'Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati».

¹⁶⁹ Si noti che tale adesione dovrà avvenire avendo cura delle condizioni poste dal Protocollo n. 8 annesso al Trattato. Il Protocollo in particolare prevede che l'accordo di adesione «deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione» (art. 1), nonché, più esplicitamente, il monopolio della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 344 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (art. 3).

¹⁷⁰ Cfr. art. 300 TCE (ex art. 228) par. 6 che prevede la possibilità per la Commissione di chiedere un parere alle Corti di giustizia circa la compatibilità di un accordo previsto con le disposizioni del Trattato (allora TCE). Qualora la Corte esprima parere negativo, l'accordo può entrare in vigore soltanto alle condizioni previste dall'art. 48 del TUE. Quest'ultimo articolo prevede la procedura di modifica dei trattati costitutivi dell'Unione europea.

¹⁷¹ Cfr. CGUE, Parere 2/94 del 28 marzo 1996, consultabile su <http://eur-lex.europa.eu/>

¹⁷² Così POLACCHINI F., *op. cit.*, 26.

¹⁷³ CGUE Parere 2/13 del 18 dicembre 2014 emesso ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 11, TFUE. Sul parere si è espressa numerosa dottrina nazionale ed internazionale. Per la dottrina italiana cfr., *ex plurimis*, D. FANCIULLO, *Il Parere 2/13 della Corte di Giustizia: la novissima quaestio dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, in *Federalismi*, 2, 2015; L.S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in *Quaderni di Sidiblog*, 1, 2014, p. 157 ss.; S. VEZZANI, *"Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!"*: la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU, *Quaderni di Sidiblog*, 1, 2014, p. 169 ss. Per la dottrina internazionale cfr. T. LOCK, *Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR*, in <http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VJPu2dDpDw>; S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present*

Bisogna d'altro canto considerare che nel momento in cui il processo di adesione fosse portato a compimento¹⁷⁴, si creerebbe un interrogativo ulteriore su quale debba essere il rango che verrebbe ad assumere la Convenzione europea stessa tra le fonti del diritto sul piano nazionale¹⁷⁵. Se si considera che la CEDU costituirebbe così un trattato cui la stessa Unione sarebbe formalmente vincolata, si può ipotizzare che la struttura adottata dalle cc.dd. sentenze gemelle¹⁷⁶ vedrebbe «limitata la propria sfera di operatività»¹⁷⁷.

Una volta attuata l'adesione dell'Unione alla CEDU¹⁷⁸, in altre parole, quest'ultima diventerebbe parte del diritto dell'Unione europea¹⁷⁹ e questo induce

danger to human rights protection, 18 dicembre 2014, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>; L. BESSELINK, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, 23 dicembre 2014, <http://www.verfassungsblog.de/acciding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/#.VKvveiuG-WA>; S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice*, in <http://www.verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshell-european-court-justice/#.VKvvrYuG-WA>.

¹⁷⁴ Va sottolineato, infatti, come allo stato attuale la CEDU non sia stata ancora recepita formalmente dall'Unione europea, secondo le procedure previste dal Protocollo n. 8 e in dottrina si è sottolineato come «proprio attraverso l'atto di adesione si potrebbero definire più nello specifico i rapporti futuri tra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo» (LIBERATI F., *op. cit.*, 9). *Contra v.* GIANFRANCESCO E., *Some considerations on the juridical value of the Charter of fundamental rights before and after the Lisbon Treaty*, in www.forumcostituzionale.it, 2 ss., il quale ha individuato sei diversi possibili livelli di rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali e quattro dei quali potevano esplicitarsi anche prima del Trattato di Lisbona. È lo stesso autore, a precisare, in seguito, la portata della sua teoria «quanto (...) affermato sul rilievo giuridico della Carta anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non vale comunque a parificarne gli effetti a quelli di un atto normativo. Prima del 1° dicembre 2009 non si poteva, infatti, sostenere che la Carta attingesse la sfera della normatività».

¹⁷⁵ V. CATALDI G., *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Dir. un. e dir. internaz.*, 2008, 330 s.; GIANELLI A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2009, pp. 678 ss.; Cfr. anche CARETTI P., *ult. cit.*, p. 318 il quale afferma «Ma non è davvero ipotizzabile una diversa soluzione (...) alla luce del riconoscimento, sancito dal Trattato di Lisbona, dell'eguale valore giuridico tra norme del Trattato e disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?».

¹⁷⁶ La Corte Costituzionale ha confermato lo stesso orientamento anche nella sent. n. 39 del 2008, nonché dalle sent. nn. 239, 311 e 317 del 2009. Le stesse hanno attribuito un rango privilegiato al diritto dell'Unione europea rispetto a quello della Cedu, qualificata come fonte interposta tra Costituzione e leggi ordinarie.

¹⁷⁷ Cfr. GIANFRANCESCO E., *Incroci pericolosi: CEDU, Carte dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in www.rivistaaic.it, 1/2011

¹⁷⁸ L'adesione pur se ancora non completata è prevista in termini precettivi e il negoziato, ancora in corso, è monitorabile sul sito www.coe.int.

¹⁷⁹ Difatti, è noto che gli accordi internazionali conclusi dall'Unione secondo le procedure di cui all'art. 218 TFUE costituiscono ulteriore fonte di norme per l'ordinamento europeo e, dal momento in cui entrano in vigore sul piano internazionale, diventano parte integrante dell'ordinamento italiano. Sulla personalità internazionale dell'Unione europea V. GIANNELLI A., *Diritto dell'Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Roma, Aracne, 2003; MARIANI P., LORUSSO A., *La personalità internazionale dell'Unione europea*, in MARIANI P. (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 23 ss.

la maggioranza della dottrina a ritenere possibile un adeguamento del meccanismo delineato dalle sentenze cc.dd. gemelle per la risoluzione dei contrasti tra le norme interne e le disposizioni della CEDU al metodo della c.d. disapplicazione ammesso, oramai da lungo tempo¹⁸⁰, nei contrasti con gli atti direttamente vincolanti di derivazione europea¹⁸¹.

Altra parte della dottrina, d'altro canto, sottolinea come non si possa ritenere che la copertura costituzionale riservata al diritto dell'Unione debba essere applicata *sic et simpliciter* alla CEDU¹⁸². Di qui, sarebbe ipotizzabile, «nel caso italiano (...) [il] profilarsi [di] una situazione in base alla quale le norme della Cedu continuino a fungere da norme interposte anche nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, cosicché eventuali contrasti, nella prospettiva della possibile disapplicazione della norma interna, sarebbero valutati innanzitutto con riferimento alle norme della Carta [di Nizza], che sarebbe il punto di riferimento in materia di diritti umani nel campo di applicazione del diritto dell'Unione»¹⁸³.

Un altro veicolo attraverso il quale si potrebbe permettere l'ingresso della Convenzione nel nostro ordinamento quale fonte di immediata applicabilità sarebbe individuabile nella Carta dei diritti fondamentali¹⁸⁴. Difatti, in considerazione del fatto che alla stessa l'art. 6, par. 1 TUE attribuisce il medesimo valore giuridico dei trattati dell'Unione europea e prendendo ad esame quanto prescritto dall'art. 52, par. 3 della Carta di Nizza, si può arrivare a riconoscere indirettamente rilevanza primaria alla CEDU. L'art. 52, difatti, prevede che «laddove la (...) Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [CEDU], il significato e la portata degli stessi sono eguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». Trattandosi in entrambi i casi di trattati sui diritti degli

¹⁸⁰ A partire da Corte Cost. sent. 170 del 1984. Sull'argomento della disapplicazione v. *supra* Cap. III par. 1.

¹⁸¹ Di questo avviso BILANCIA P., D'AMICO M., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009, 242 e CARETTI P., *cit.*, p. 318.

¹⁸² BULTRINI A., *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in FRAGOLA M. (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 34 ss.

¹⁸³ POLACCHINI F., *op. cit.*, 27.

¹⁸⁴ Ci riferiamo alla c.d. Carta di Nizza, approvata l'11 dicembre 2000 e firmata il 26 febbraio 2001 a Nizza. Sull'argomento v. POCAR R., SECCHI C., ALTAMONTE C., BARUFFI M.C., PASSERELLI F., *Il trattato di Nizza e l'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001; CARLETTI C., *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2005.

individui è facilmente intuibile la quasi completa aderenza delle garanzie previste dalla Carta a quelle predisposte dalla Convenzione. Di qui si spiega come le norme della CEDU, attraverso un “appiglio” come quello rappresentato dall’art. 52 della Carta di Nizza, potrebbero essere riconosciute come norme corrispondenti a quelle dei trattati dell’Unione europea.

Vi è, inoltre, nella dottrina chi ritiene che con il Trattato di Lisbona si assisterà ad un mutamento nel quadro normativo europeo¹⁸⁵. La modifica dell’assetto delle fonti, infatti, non sarebbe inquadrabile da un punto di vista gerarchico ma piuttosto dal punto di vista funzionale dal momento che il Trattato offrirà la possibilità di evocare alternativamente o cumulativamente la Carta, la Cedu e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri così «l’applicazione delle fonti sarà allora regolata dal principio dello standard massimo di protezione, senza che sia necessario stabilire alcun ordine gerarchico o definire alcun campo di applicazione differenziato»¹⁸⁶.

Di posizione radicalmente opposta sono coloro che mettono in dubbio l’avvenuta comunitarizzazione della CEDU. Questa dottrina si basa su una visione più pratica della riforma operata dal Trattato del 2009, asserendo che nonostante «il Trattato Unione Europea, per come modificato dal Trattato di Lisbona, consent[a] l’adesione dell’Unione alla CEDU» non si possa sottacere il fatto che «non solo tale adesione deve ancora avvenire, secondo le procedure del protocollo n. 8 annesso al Trattato, ma soprattutto non comporterà l’equiparazione della CEDU al diritto comunitario, bensì - semplicemente - una loro utilizzabilità quali principi generali del diritto dell’Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»¹⁸⁷. Sulla stessa linea si trova la dottrina secondo la quale, «il Trattato di Lisbona nulla ha modificato circa la (non) diretta applicabilità nell’ordinamento italiano della CEDU che resta, per l’Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale, secondo quanto già riconosciuto dalla Corte costituzionale»¹⁸⁸.

¹⁸⁵ DANIELE L., *op. cit.*, 489

¹⁸⁶ POLACCHINI F., *op. cit.*, 28.

¹⁸⁷ Cfr. CELOTTO A., *ult. cit.*

¹⁸⁸ Cfr. D’ANGELO L., *op. cit.*, 2.

Dal punto di vista giurisprudenziale, i giudici comuni hanno fornito il loro apporto alla ricostruzione di una struttura teorica che adeguasse quanto “cristallizzato” dalle cc.dd. sentenze gemelle al profondo mutamento operato dal Trattato di Lisbona. Le prime posizioni giurisprudenziali in questo senso sono rintracciabili nella sentenza del T.A.R. Lazio, sezione II bis¹⁸⁹ e in quella del Consiglio di Stato, sezione IV¹⁹⁰.

In particolare il Collegio laziale ha ricostruito¹⁹¹ «l’evoluzione dell’ordinamento in merito all’efficacia riconosciuta alle fonti comunitarie, concludendo nel senso che con Lisbona si debba integrare l’orientamento di cui alle sentenze nn. 348 e 349 del 2007»¹⁹². Ne risulterebbe un meccanismo di reazione ai possibili contrasti tra le norme interne e le norme convenzionali in base al quale il giudice comune dovrebbe procedere ad un’interpretazione delle prime conforme alle seconde e solo quando egli ritenga che non sia possibile «comporre il contrasto in via interpretativa, non potendo applicare direttamente la norma Cedu in luogo di quella contrastante (e tantomeno potendo fare applicazione di una norma interna ritenuta contrastante con la Cedu, e quindi con la Costituzione), dovrà sollevare quesito di costituzionalità in base al parametro di

¹⁸⁹ Cfr. TAR Lazio, sez. II bis sentenza 18 maggio 2010, n. 11984. A commento della sentenza cfr. INCOGNITO L., *Tutela dei diritti fondamentali, Trattato di Lisbona, diretta applicabilità della Cedu: uno scenario in divenire*, in www.dirittoamministrativo.it. Per i commenti v. CELOTTO A., *ult. cit.*; VILLANI M.C., *La rinnovata battaglia dei giudici comuni a favore della diretta applicabilità della Cedu. Tra presunta “comunitarizzazione” dei vincoli convenzionali e crisi del tradizionale modello del controllo accentrato della costituzionalità*, in Federalismi.it, n. 20/2010.

¹⁹⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sezione IV sentenza 2 marzo 2010, n. 1220. Per un commento sulla pronuncia amministrativa v. COLAVITTI G., PAGOTTO C., *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme della CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l’inizio di un nuovo percorso?*, in www.rivistaaic.it, 2010;

¹⁹¹ Cfr. TAR Lazio, sez. II bis sentenza 18 maggio 2010, n. 11984, punti nn. 12, 13 e 14.

¹⁹² Cfr. POLACCHINI F., *op. cit.*, 27 s. Cfr. TAR Lazio, sentenza n. 11984 del 2010 dove si dice «Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell’Unione ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell’Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell’art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l’ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all’obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell’accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno». Analogamente si v. anche Consiglio di Stato sent. n. 1220 del 2010.

cui all'art. 117, 1 c. Cost., ovvero anche 10, 1 c. Cost., se la norma convenzionale è ricognitiva di una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta»¹⁹³.

Il T.A.R., d'altro canto, non sottovaluta la portata innovativa costituita dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dal nuovo dettato dell'art. 6, parr. 2 e 3 dando atto del fatto che «[l]e norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione (...) in forza del diritto comunitario (...). Si aprono quindi inedite prospettive per la interpretazione conformativa, ovvero per la possibile disapplicazione, da parte d[el] giudice nazionale, delle norme nazionali, statali o regionali, che evidenzino un contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla [CEDU], a maggior ragione quando (...) la Corte di Strasburgo si sia già pronunciata sulla questione. [C]iò potrà avvenire in via generale per tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, e non più, come è finora avvenuto, solo nei casi in cui un diritto fondamentale della Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell'Unione mediante il recepimento in una norma comunitaria, ovvero mediante il suo impiego, quale principio generale, in una decisione della Corte di Lussemburgo»¹⁹⁴.

Anche il Governo italiano nella seconda Relazione annuale al Parlamento sullo stato di attuazione delle sentenze della Corte EDU¹⁹⁵, trasmessa al Parlamento il 30 giugno 2008 si era pronunciato sulle possibili implicazioni interne dell'adesione dell'Unione europea al sistema della CEDU.

Nel testo si legge: «Se il Trattato di Lisbona entrasse in vigore, il disposto dell'articolo 6 (...) comporterebbe che tutte le norme della Convenzione diverrebbero direttamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri, con il grado e la forza delle norme comunitarie e, cioè, ai sensi dell'articolo 11 della Costituzione (come interpretato proprio dalle sentt. nn. 348 e n. 349 del

¹⁹³ Cfr. POLACCHINI F., *op. cit.*, p. 28.

Questa ricostruzione sarebbe aderente a quanto previsto dalla sent. n. 349 del 2007 in quanto non permetterebbe la disapplicazione della norma interna contrastante ma richiederebbe il sollevamento di una questione di illegittimità costituzionale per violazione della norma interposta. Per approfondimenti cfr. ANGELINI F., *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, cit., p. 489.

¹⁹⁴ Cfr. TAR Lazio, sez. II bis sentenza 18 maggio 2010, n. 11984,

¹⁹⁵ Cfr. *Relazione al parlamento Anno 2007: L'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano. Legge 9 gennaio 2006, n. 12*, in *www.governo.it*, 27.

2007 [...] e non più quali norme sub-costituzionali ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione». A questo proposito, la Relazione compie una duplice affermazione molto significativa: «la posizione espressa dalla Corte costituzionale non appare in sintonia con quella nella quale si pone la stessa Corte europea, nelle sue sentenze e nelle dichiarazioni del suo Presidente», ma soprattutto: «La posizione della Corte costituzionale non sembra perfettamente compatibile con il nuovo assetto dell'Unione europea delineato dal recente Trattato di Lisbona, ove è stata completata la c.d. comunitarizzazione dei principi CEDU, con il loro inserimento fra quelli dell'Unione europea validi e cogenti *erga omnes*, laddove con il Trattato di Maastricht quei principi erano stati richiamati con mero valore programmatico nei confronti degli Stati membri».

La Corte costituzionale, nella sent. 11 marzo 2011, n. 80¹⁹⁶, ha tenuto ferma l'impostazione delle cc.dd. sentenze gemelle in tal modo contraddicendo l'orientamento dei giudici amministrativi sopra esposto e delle stesse parti costituite nel giudizio di costituzionalità. In tale pronuncia la Consulta ribadisce che «il Consiglio d'Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e l'attività interpretativa di quest'ultima da parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992»¹⁹⁷

Infine, non si può non menzionare l'intervento in materia della Corte di Giustizia europea che si è pronunciata espressamente dichiarando che «il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...) non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta

¹⁹⁶ Cfr. i commenti di RUGGERI A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it, 23 marzo 2011 e RANDAZZO A., *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁹⁷ Cfr. Corte cost. sent. n. 80 del 2011 punti nn. 5.1 e 5.2 *cons. in dir.* V. anche le puntuali osservazioni di GUAZZAROTTI A., *I diritti fondamentali dopo Libona e la confusione del sistema delle fonti*, in www.rivistaaic.it, 14 settembre 2011.

convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa»¹⁹⁸.

Se da un lato sembra incontestabile l'esistenza di rilevanti problemi ricostruttivi sul piano sostanziale che ancora non hanno trovato una certa risoluzione nonostante la notevole attenzione che la tematica ha riscosso; dall'altro lato, le innovative posizioni assunte dalla Corte nelle cc.dd. sentenze gemelle e nella giurisprudenza di assestamento successiva¹⁹⁹ sembrano non essere più sufficienti a fornire una sistematica calzante ed esauriente.

4. segue Il Parere 2/13

I problemi di coordinamento tra i diversi sistemi di tutela e il conflitto tra le varie garanzie apprestate sono il fulcro, come si accennava, del parere negativo emesso dalla Corte di Giustizia in riferimento all'adesione alla CEDU da parte dell'Unione europea.

Il parere 2/13, in maniera molto più netta rispetto alla presa di posizione dell'avvocato generale Kokott²⁰⁰, si è pronunciata con un parere interamente negativo che segna fortemente il futuro del procedimento di adesione.

L'esito negativo si fonda su sette distinte argomentazioni,²⁰¹ una delle quali interamente incentrata sul difetto di coordinamento tra l'art. 53 della CEDU e l'art. 53 della Carta.

¹⁹⁸ Cfr. CGUE sent. 24 aprile 2012, causa C-571/10 *Kamberaj*, par. 59-63. In commento si v. BASILICO A., *Disapplicazione delle leggi interne contrastanti con la CEDU? Il punto di vista della Corte UE*, in *www.rivistaaic.it*, 25 settembre 2012.

¹⁹⁹ Cfr. *supra* Cap. I par. 2.2. e 2.3.

²⁰⁰ Presa di posizione dell'A.G. J. Kokott presentata il 13 giugno 2014 in riferimento al procedimento di parere 2/13 instaurato su domanda della Commissione europea. L'A.G., infatti, pur rilevando dei punti critici nel progetto di adesione, sostiene la compatibilità con i Trattati del Il Progetto riveduto di accordo, presentato a Strasburgo il 10 giugno 2013. Secondo l'A.G. potrebbe assicurarsi la compatibilità a patto che siano garantito con "modalità vincolanti ai sensi del diritto internazionale» quali ad esempio, che l'Unione e i suoi Stati membri, in vista delle loro eventuali domande di intervento in veste di convenuti aggiunti "vengano informati sistematicamente e senza eccezioni in merito a tutti i ricorsi pendenti dinanzi alla Corte EDU, allorché e non appena questi vengono notificati al rispettivo convenuto"; che le stesse domande "non vengano sottoposte ad alcun esame di plausibilità da parte della Corte EDU" e che il previo coinvolgimento della Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 6, del Progetto di accordo si estenda a tutte le questioni giuridiche relative all'interpretazione delle norme del diritto primario e del diritto secondario dell'Unione in conformità alla CEDU" (cfr. Presa di posizione, punto 280).

Preventivamente la Corte si esprime sulla ricevibilità della richiesta di parere sostenendo che, sulla scorta della sua giurisprudenza, la richiesta pervenuta dalla Commissione deve essere ritenuta ricevibile dal momento che «la Corte dispone di tutti gli elementi sufficienti per esaminare la compatibilità del Progetto di accordo con i Trattati e, dall'altro, i progetti di strumenti d'adesione, che hanno costituito l'oggetto di un accordo a livello dei negoziatori, sono sufficientemente avanzati per poter essere considerati come un "accordo previsto" ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 11, TFUE»²⁰². Altro motivo di attrito, in grado di compromettere la ricevibilità della richiesta di parere, era ritenuta la circostanza per la quale la Corte sarebbe chiamata a valutare della legittimità di norma interne. Su tale questione la Corte, riprendendo la posizione dell'A.G., afferma che la richiesta è ricevibile dal momento che le norme interne devono ancora essere adottate e l'adozione delle stesse in ogni caso avverrebbe solo dopo la conclusione dell'accordo di adesione.

Passando, invece, alle censure di merito, queste si articolano in diversi punti dettagliatamente argomentati.

Alla base del rifiuto vi è una generica constatazione del diverso assetto istituzionale nel quale si inserisce il procedimento di adesione alla CEDU attuale rispetto a quello (ipotetico) valutato dalla Corte nel parere 3/94 e dell'esigenza di tenere conto delle caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, del primato del diritto europeo e dell'esistenza di valori comuni su cui l'Unione si fonda²⁰³.

La Corte, *in primis*, critica l'equiparazione dell'Unione ad uno Stato e nel riservare ad essa un ruolo del tutto identico a quello di qualsiasi altra Parte contraente. Seguendo tale approccio non si tiene conto della natura intrinseca dell'Unione e del fatto che gli Stati membri, con l'adesione all'Unione, hanno accettato che negli ambiti di competenza dell'Unione i loro reciproci rapporti siano disciplinati dal diritto europeo. Conseguentemente, anche in ipotesi di

²⁰¹ Si v., in particolare, punti 144-258 del Parere.

²⁰² Questa l'argomentazione sostenuta dalla Commissione poi fatta propria dalla Corte (cfr. Parere 2/13 punti 144-152).

²⁰³ Cfr. punti 164-176.

rilevanza comunitaria, si consentirebbe un ricorso interstatale ai sensi della CEDU incidendo così sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri.

Altro motivo di censura è il mancato coordinamento tra Protocollo 16 e rinvio pregiudiziale. L'utilizzo dello strumento previsto dal Protocollo 16, infatti, potrebbe comportare l'«elusione della procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE, la quale [...] costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai Trattati»²⁰⁴.

Ulteriore motivo si censura risiede nel contrasto tra l'art. 33 CEDU e l'art. 344 TFUE. L'art. 33, infatti, prevede una procedura di ricorso interstatale che contrasta con il divieto di sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati ad un modo di composizione diverso da quello previsto da questi ultimi. Conseguentemente, «resterebbero sottratte alla Corte di giustizia le controversie che le sono invece obbligatoriamente ed esclusivamente attribuite ex art. 344 TFUE»²⁰⁵.

Vi è, poi, la questione connessa al meccanismo del convenuto aggiunto. Ai sensi dall'art. 3, par. 2 del progetto di accordo, se un ricorso è proposto contro uno o più Stati membri, l'Unione europea può partecipare al procedimento in qualità di convenuto aggiunto nel caso in cui la violazione contestata metta in discussione la compatibilità con la CEDU di una norma del diritto dell'Unione europea.

La criticità risiede nel fatto che nella valutazione operata dalla Corte EDU circa la sussistenza delle condizioni di ammissione del convenuto aggiunto, la Corte stessa potrebbe interferire con la ripartizione di competenze tra l'Unione e gli Stati membri andando a valutare le norme del diritto dell'Unione sul comparto delle competenze e sui criteri di imputazione degli atti.

Allo stesso modo anche il meccanismo del previo coinvolgimento della Corte di giustizia è oggetto di critica da parte della Corte²⁰⁶.

Nella materia PESC (politica economica e sicurezza comune), notoriamente sottoposta ad un regime atipico nel diritto dell'Unione e

²⁰⁴ V. punto 197.

²⁰⁵ Cfr. I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in *dirittocomparati.it*, 2 febbraio 2015.

²⁰⁶ Per il dettaglio delle censure si v. punti 236-248 del Parere.

caratterizzata dal metodo intergovernativo, l'accordo prevede la possibilità per la Corte EDU di pronunciarsi sulla conformità alla CEDU degli atti, azioni od omissioni posti in essere nell'ambito della PESC per i quali la Corte di Giustizia non ha competenza a verificare la loro legittimità in rapporto ai diritti fondamentali. Conseguenza di ciò è che il controllo spetterebbe in via esclusiva ad un organo esterno all'Unione così ponendosi in contrasto con la posizione assunta dalla Corte di Giustizia nel Parere 1/09²⁰⁷.

Infine, in maniera del tutto originale rispetto a quanto sostenuto dall'A. G., la Corte introduce quale argomentazione dirimente la mancanza di coordinamento tra l'art. 53 CEDU e l'art. 53 della Carta di Nizza.

Sostiene la Corte che su un piano teorico la sottoposizione delle istituzioni dell'Unione al controllo di un organo giurisdizionale esterno non sarebbe incompatibile con il diritto dell'Unione. Tuttavia, la Corte ha precisato anche che un accordo internazionale può incidere sulle sue competenze soltanto a condizione che siano soddisfatte le condizioni essenziali per la preservazione della natura di tali competenze e che dunque non venga pregiudicata l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

Come sottolineato «l'intervento degli organi investiti dalla CEDU di competenze decisionali [...] non deve avere come effetto di imporre all'Unione e alle sue istituzioni, nell'esercizio delle loro competenze interne, un'interpretazione determinata delle norme del diritto dell'Unione»²⁰⁸

L'adesione alla CEDU, avrebbe la conseguenza di vincolare l'Unione e le sue istituzioni all'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo escludendo, invece, che l'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte di giustizia vincoli la Corte di Strasburgo. Al contrario, lo stesso meccanismo di "controllo esterno" non potrebbe valere per la vincolatività dell'interpretazione della Carta e del diritto dell'unione fornita dalla Corte di giustizia²⁰⁹. Questa situazione di totale equiparazione dell'Unione agli altri Stati contraenti non è ritenuta tollerabile dalla CGUE, secondo la quale «le valutazioni della Corte relative all'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, al

²⁰⁷ In particolare ai punti 78, 80 e 89.

²⁰⁸ Cfr. Parere punto 184.

²⁰⁹ Cfr. Parere punto 184.

fine in particolare di stabilire se uno Stato membro sia tenuto a rispettare i diritti fondamentali dell'Unione, non dovrebbero poter essere messe in discussione dalla Corte EDU»²¹⁰.

La mancata previsione nell'accordo di una forma di coordinamento tra l'art. 53 della CEDU e l'art. 53 della CDFUE, in altre parole, potrebbe attentare all'uniforme applicazione del diritto europeo (sulla quale è chiamata a vigilare la Corte di giustizia) nei casi di "diritti corrispondenti" nel sistema europeo e in quello convenzionale dove gli Stati potrebbero applicare i livelli di tutela previsti dalla CEDU frustrando il diritto e la giurisprudenza europea correlata.

Come si vedrà, il punto è particolarmente delicato dal momento che la Corte di giustizia con riferimento all'art. 53 della Carta ha statuito che tale norma debba essere interpretata nel senso che l'applicazione di standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali più elevati non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione²¹¹. Questo, secondo la Corte, mal si coordinerebbe con l'art. 53 della CEDU che, diversamente, contempla la possibilità per gli Stati di prevedere standard di tutela più elevati rispetto alla CEDU.

La soluzione di compromesso prospettata dalla Corte è quella di limitare la facoltà concessa dall'articolo 53 della CEDU agli Stati «a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta [europea dei diritti fondamentali], nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»²¹².

La questione del coordinamento tra le norme, poco chiara anche solo nella sua definizione²¹³, si complica quando la Corte richiede che siano inserite nell'accordo di adesione previsioni che tutelino l'ambito di competenza dell'Unione. Come è stato rilevato, infatti, la pretesa che sia «affidata all'accordo di adesione la tutela del primato del diritto dell'Unione e del rapporto tra i livelli di tutela nazionali e dell'Unione appare francamente priva di fondamento, tanto più che un'eventuale norma in tal senso nell'accordo rischierebbe di addentrarsi nel

²¹⁰ Cfr. Parere punto 186.

²¹¹ *Amplius* Cap. III par. 2.1

²¹² Cfr. Parere punto 189.

²¹³ Cfr. T. LOCK, *Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR*, in *Verfassungsblog.de*, 18 dicembre 2014.

riparto di competenze UE/Stati membri e ledere il principio di autonomia dell'Unione europea»²¹⁴.

5. Qualche osservazione

Come si è visto, dunque, la genesi del canone della massimizzazione si fonda su due matrici diverse ma non per questo, ad avviso di chi scrive, incompatibili. Mentre nel campo sovranazionale si tratta, nei termini di cui si dirà appresso, di una regola che trova la sua positivizzazione nelle Carte dei diritti; nel diritto interno il fondamento è implicito, frutto di una costruzione dottrinarica che ha trovato sviluppo nella giurisprudenza costituzionale. Sebbene appartenente ad una teorica risalente, infatti, il tema è reso sempre attuale dall'esigenza mai sopita di dare risposta alle nuove realtà giuridiche e alle conseguenti situazioni di contrasto.

Il tema della massimizzazione, infatti, è oggi completamente immerso nella dinamica interordinamentale e non può prescindere da essa.

Per questo si sono ripercorse le vicende nazionali che hanno segnato l'evoluzione dei rapporti tra il diritto interno e il diritto sovranazionale e dal quale sono emersi i primi richiami al concetto di massime tutele in una versione non meramente interna (quale quella che si deve all'intuizione bariliana) ma spiccatamente tesa all'interazione tra i diversi ordinamenti.

La corrispondenza tra il principio di matrice nazionale di massima espansione delle libertà costituzionali e quello di massima espansione delle tutele richiamato dalle fonti del costituzionalismo multilivello europeo, inoltre, non si ferma ad una mera assonanza terminologica.

Come si avrà modo di vedere, infatti, la scelta del livello di tutela da applicare – a cui gli artt. 53 CEDU e CDFUE sembrano apparentemente fornire una guida, un canone decisionale – spesso si risolvono nel riconoscimento di garanzia per un diritto incidendo al contempo negativamente sulla posizione contrapposta.

²¹⁴ Così I. ANRÒ, *cit.*

La teorica italiana nasce e si sviluppa proprio il con il duplice obiettivo da un lato, di offrire ancoraggio alla dinamicità del diritto mirando ad una interpretazione che tenga conto dell'evoluzione sociale e dall'altro, di intendere in maniera restrittiva le limitazioni dei diritti stessi.

Gli elementi di comunanza tra le due impostazioni possono dunque essere colti tanto nel presupposto dal quale muovono – la natura interpretativa dell'operazione richiesta – quanto dalla finalità – la massima espansione dei diritti. La giurisprudenza costituzionale, come visto, sembra confermare tale impostazione quando afferma che «il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie deve essere di segno positivo»²¹⁵.

Esaminata la problematica dal punto di vista nazionale, occorre ora alzare l'angolo prospettico ad un livello sovranazionale per valutare se e in che termini si può parlare di massimizzazione nel sistema convenzionale ed in quello europeo.

²¹⁵ Cfr. Corte cost. sent. n. 317/2009 cons. in dir. p. 7 ma anche nn. 264 del 2012, 85 e 17 del 2013. Dalla giurisprudenza costituzionale si può inoltre trarre il criterio per il quale l'individuazione della maggiore garanzia non possa essere valutata «sul nudo tenore della normativa che si considera ma sull'interpretazione che ne danno le Corti proprie» (così A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico nel contesto europeo*, V ed., Giuffrè, Milano 2015, p. 391).

Capitolo II

La base legale del canone in campo convenzionale

1. L'art. 53 della CEDU

L'art. 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rubricato salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti, recita:

“Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi”.

1.1 I lavori preparatori e le (poche) ricostruzioni dottrinarie dell'articolo.

L'art. 53 della CEDU (originariamente art. 60 nella Convenzione firmata a Roma nel 1950) è pacificamente indicato quale clausola che pone soluzione al problema di coordinamento tra le Carte costituzionali degli Stati contraenti, gli altri strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali e la Convenzione stessa.

La norma rappresenta, in maniera del tutto simile a quanto previsto in altri trattati internazionali¹, una clausola di risoluzione dei conflitti tra le varie fonti che si sovrappongono nella tutela dei diritti fondamentali.

¹ Cfr., solo per citarne alcuni, art. 5.2 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici del 1966; art. 5.2 della Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali 1966; art. H carta di diritti sociali europea 1961 riv. 1996; art. 23 Convenzione ONU per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne 1979; art. 41 Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia 1989; art. 1.2 Convenzione Onu contro la tortura 1984; art. 10 Convenzione Unesco contro la discriminazione nella educazione 1960; art. 29b Convenzione Interamericana dei Diritti umani; art. 75.8 Protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra.

L'art. 53 della CEDU, rubricato "Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti", offre, dunque, un primo spunto di riflessione e un appiglio normativo al quale ancorare la nostra costruzione teorica.

Il testo dell'articolo non ha subito modifiche dal 1950 ad oggi² e, per la verità, non è stato oggetto di particolari attenzioni da parte della giurisprudenza e della dottrina³.

La dizione della norma riprende una clausola precedentemente contenuta nell'atto costitutivo dell'OIL⁴ ed è stata fonte di ispirazione per accordi successivi che hanno previsto analoghe clausole orizzontali⁵.

L'inserimento di una tale clausola fu proposta inizialmente in sede di Comitato di esperti dal rappresentante italiano che, nella seduta del 7 febbraio 1950, proponeva l'aggiunta della formula: «This Convention shall in no way affect the rights and obligations arising from the conventions in force between the High Contracting Parties»⁶.

Successivamente la rappresentanza britannica propose una clausola sostanzialmente uguale⁷ che fu poi adottata dal Comitato degli esperti giuridici all'unanimità e senza apparentemente nessuna discussione a riguardo⁸.

² Si noti però che in seguito all'entrata in vigore del Protocollo 11 nel 1994 la numerazione dell'articolo è variata (originariamente art. 60) ed è stata introdotta la rubrica.

³ Come rileva, tra gli altri, B. DE WITTE, *Sub Article 53*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER e A. WARD, *The Charter of fundamental rights. A commentary*, Hart publishing Oxford – Portland 2014, p. 1524.

⁴ Cfr. art. 10, par. 8 della ILO Constitution del 1944 «In no case shall the adoption of any Convention or Recommendation by the Conference, or the ratification of any Convention by any Member, be deemed to affect any law, award, custom or agreement which ensures more favourable conditions to the workers concerned than those provided for in the Convention or Recommendation».

⁵ V. art. H (ex 32) della Carta sociale europea del 1961, riv. 1996; l'art. 5.2 del Patto sui diritti civili e politici del 1966 e del Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966; l'art. 23 Convenzione ONU per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne del 1979; l'art. 41 Convenzione ONU sui diritti del fanciullo a del 1989; l'art. 1.2 Convenzione Onu contro la tortura; l'art. 10 Convenzione Unesco contro la discriminazione nella educazione del 1960; l'art. 29b Convenzione Interamericana dei Diritti umani; l'art. 75.8 Protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra. Per gli approfondimenti si v. *infra*.

⁶ CONSIGLIO DI EUROPA, *Collected edition of the «Travaux Préparatoires» of the European Convention on Human Rights*, The Hague, La Haye Nijhoff, 1975, Vol. III, p. 230.

⁷ *Ibid.*, Vol. III, 288, seduta del 6 marzo 1950 «Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the rights and freedoms which may be guaranteed under the laws of any State Party to the Convention or under any other agreement to which it is a party». Per le successive modifiche formali del testo in sede di Comitato di esperti prima dell'approvazione finale v. *Ibid.*, 309 e 335.

⁸ *Ibid.*, Vol. IV, 46 «The experts unanimously considered that the precisions given by this article were necessary».

Come emerge dai lavori preparatori «la disposizione nasce con l'obiettivo di non pregiudicare il godimento dei diritti non garantiti dalla CEDU ma previsti dall'ordinamento interno o internazionale»⁹.

Si tratta, come segnalato dai commentatori, di una disposizione che conferma il carattere c.d. sussidiario del sistema convenzionale, ovvero la complementarietà rispetto al sistema di tutele apprestato a livello nazionale ed – eventualmente – da altri trattati internazionali¹⁰.

Inoltre, la lettera dell'articolo suggerisce un ulteriore carattere proprio della tutela convenzionale ovvero quello di mirare alla costruzione di un c.d. minimo di protezione per ciascun diritto assicurato.

Nel sistema convenzionale, in altre parole, la Corte di Strasburgo è chiamata a vigilare sul rispetto del minimo di tutela richiesto e garantito dalla Convenzione¹¹, le Alte Parti contraenti hanno un margine di modulazione della tutela e di valutazione del livello di garanzia da apprestare.

L'art. 53 della Convenzione si pone, dunque, quale fattore di unificazione attorno ad un nucleo minimo inderogabile da parte di tutti gli Stati contraenti.

Gli Stati sono liberi di apprestare un livello più elevato o di ratificare trattati che ne prevedano uno.

Si aggiunga, poi, un terzo carattere.

Nel 1970, il Comitato degli esperti in materia di diritti umani del Consiglio d'Europa, chiamato a valutare la compatibilità delle disposizioni dei Patti del 1966 con quella della Convenzione, a proposito dell'art. 53 CEDU (allora art. 60) e dell'art. 5.2 dei Patti delle Nazioni Unite si espresse nei seguenti termini:

«Le deux textes auront pour effet d'exclure quel es dispositions d'un instrument limitent le champ d'application des dispositions de l'autre.

⁹ E. CRIVELLI, *Art. 53*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova Cedam, 2012, p. 774.

¹⁰ Così F. G. JACOBS – R. C. A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford Clarendon Press, 1996, p. 335: «The Convention enforcement mechanisms are subsidiary to national protection; therefore, it follow that there must be an obligation to provide an effective remedy within the national legal order». V. analogamente R. MACDONALD, *The European System for the Protection of Human Rights*, Springer Netherlands, 1993, p. 43.

¹¹ J. POLAKIEWICZ, *The status of the Convention in National Law*, in R. BLACKBURN – J. POLAKIEWICZ, *Fundamental rights in Europe: the European Convention on Human Rights and its member states, 1950-2000*, Oxford University Press, Oxford 2001, pp. 52 e ss.

Cela ne signifie pas que les dispositions plus favorables d'un instrument sont automatiquement incorporées dans le système de protection prévu par l'autre. Le résultat est plutôt que des restrictions prévues par l'un ne peuvent pas être invoquées pour limiter les droits prévus par l'autre instrument»¹².

Da ciò traspare la valenza di limite negativo che si attribuisce alla disposizione in esame: le restrizioni eventualmente previste per l'esercizio di un diritto di uno dei sistemi di tutela non possono essere invocate per limitare i diritti contenuti in un altro sistema di tutela.

Come si è anticipato, la clausola non ha destato particolari attenzioni né da parte del Comitato degli esperti né tantomeno da parte della dottrina.

Già in sede di lavori preparatori, infatti, l'approvazione della norma e la portata della stessa erano passate apparentemente inosservate¹³.

In dottrina, un primo commento è stato proposto dal giudice de Meyer che, richiamando tanto l'art. 53 della CEDU quanto l'analogo articolo contenuto nella Carta sociale europea¹⁴ e nei cc.dd. Patti delle Nazioni Unite del 1966¹⁵, sottolinea come tali disposizioni contengano l'espressione di uno stesso principio in base al quale, in materia di diritti fondamentali, le garanzie assicurate dai diritti positivi si completano l'un l'altra, prevalendo, in caso di conflitto, la più favorevole sulla meno favorevole.

È dopo tale premessa, però, che de Meyer si affretta ad aggiungere che appare difficilmente accettabile che per il tramite di questo articolo si possa ritenere incorporata nella Convenzione la garanzia di altri diritti oltre a quelli riconosciuti al punto di estendere la competenza della Corte su altri diritti.

Secondo de Meyer gli articoli in questione «impliquent l'aveu des auteurs de chacun de ces instruments qu'ils n'ont pu que définir imparfaitement les droits

¹² CONSEIL DE L'EUROPE. COMITE D'EXPERTS EN MATIERE DE DROITS DE L'HOMME, *Problèmes découlant de la coexistence des Pactes des Nations Unies relatifs aux Droits de l'Homme et de la Convention européenne des Droits de l'Homme: différences quant aux droits garantis: rapport*, 1970, p. 24.

¹³ Oltre ai commenti dottrinali che si richiameranno a breve si v. anche lo scritto fuori commercio di F. MARQUET, *Commentaire critique de la Convention Européenne des droits de l'homme, de son organisation judiciaire et de l'arrêt du 23 Juillet 1968*, Anversa, febbraio 1973, Hors commerce, in partic. pp. 46- 54.

¹⁴ Art. 32 della Carta sociale europea

¹⁵ Art. 5.2 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali e del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

fondamentaux qu'ils ont voulu garantir»¹⁶. L'Autore, infatti, individua lo scopo della norma piuttosto nella possibilità offerta alla Corte di avvalersi di altri testi (quali le “leggi di ogni Parte contraente o (...) ogni altro accordo al quale essa partecipi”) per definire al meglio i diritti ma non per incorporarne di nuovi.

Le fonti richiamate dall'art. 53 CEDU avrebbero dunque il compito di aiutare la Corte nella definizione dei diritti che, non potendo essere sempre oggetto di riconoscimento espresso, possono essere ritenuti implicitamente riconosciuti dalla Convenzione. Tale previsione normativa si fonderebbe dunque sulla convinzione che sia impossibile definire esaustivamente tutti i diritti dell'uomo.

Successivamente un altro autore, Emmanuel Decaux, ha approfondito l'analisi della norma operando una netta distinzione tra l'applicazione della stessa con riferimento alle leggi nazionali e con riferimento ai trattati internazionali che offrano maggiore protezione¹⁷.

Secondo lo stesso, infatti, nel primo caso – ovvero nell'ipotesi in cui sia la norma nazionale ad offrire una maggiore protezione – la portata applicativa della clausola è molto limitata in quanto la normativa interna “migliore” potrà essere applicata direttamente dagli organi giurisdizionali nazionali senza che la questione arrivi agli organi di controllo della Convenzione.

Il rinvio al diritto interno più favorevole apre, da una prospettiva insolita, una questione di conflitto di norme. Secondo Decaux, infatti, per opporsi all'applicazione del diritto interno si userebbe comunemente fare riferimento alla Convenzione europea.

Secondo l'autore, però, sarebbe difficile immaginare la situazione di conflitto tra una clausola restrittiva e una legge “liberale” nazionale, cui l'articolo sembrerebbe voler dare soluzione. Nella maggior parte dei casi infatti si tratterebbe di una questione interpretativa e non di un contrasto irrisolvibile¹⁸.

¹⁶ J. DE MEYER, *Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention européenne des Droits de l'Homme* in H. PETZOLD – G. J. WIARDA – F. MATSCHER, *Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Köln [etc.] Carl Heymanns, 1990, p. 128. Successivamente il giudice de Meyer si riferirà proprio all'art. 53 nella sua opinione dissenziente nel caso *Open Door v. infra*).

¹⁷ E. DECAUX, *Article 60*, in E. DECAUX – P.H. IMBERT – L.E. PETTITI, *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 897-903.

¹⁸ Cfr. E. DECAUX, *Article 60*, cit., p. 899.

In questa ottica, dopo aver esaminato una serie di possibilità, l'Autore conclude affermando che la disposizione avrebbe una utilità pratica nel caso di vero e proprio contrasto tra un diritto riconosciuto dalla CEDU e un diritto riconosciuto dalla normativa nazionale o, altrimenti, per impedire che la enumerazione di diritti contenuta nella Convenzione possa giustificare, attraverso un ragionamento *a contrario*, la restrizione di maggiori tutele previste in altri ordinamenti legali.

Le conseguenze pratiche dell'articolo, continua l'Autore, sarebbero più rilevanti nella seconda ipotesi, ovvero nel caso di concorrenti tutele apprestate dalla Convenzione e da altri trattati internazionali che vincolino gli Stati parti.

La prima conseguenza della lettera dell'articolo sarebbe quella di negare la superiorità assoluta della Convenzione e conseguentemente la sua primazia rispetto agli altri trattati. In questo senso l'articolo 53 CEDU si distingue dall'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite nel quale viene affermato inequivocabilmente il primato della Carta in caso di contrasto con altri accordi internazionali¹⁹.

Secondo la lettura dell'Autore francese, poi, la formulazione dell'articolo 53 può costituire una sorta di clausola «*traitement de la personne la plus favorisée*» comportante la prevalenza del trattato più protettivo in caso di conflitto.

In questo contesto, nota Decaux, la formulazione dell'articolo della Convenzione si pone come espressiva di un punto di vista “progressista” in materia di diritti, al contrario dell'articolo 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, relativo all'applicazione dei trattati successivi aventi per oggetto la stessa materia, che invece tratta in termini neutri e quasi statici la “compatibilità” delle disposizioni dei trattati²⁰.

¹⁹ Cfr. art. 103 Carta delle Nazioni Unite «In caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai Membri delle Nazioni Unite con il presente Statuto e gli obblighi da essi assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale, *prevarranno gli obblighi derivanti dal presente Statuto*» (corsivo aggiunto).

²⁰ Cfr. Art. 30 della Convenzione di Vienna rubricato “Applicazione di trattati successivi aventi per oggetto la stessa materia” che recita: «1. Salvo quanto disposto dall'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, i diritti e gli obblighi di Stati parti a trattati successivi aventi per oggetto la stessa materia sono determinati in conformità a quanto stabilito nei paragrafi seguenti. 2. Quando un trattato specifica che esso è subordinato a un trattato anteriore o posteriore o che non deve essere considerato come incompatibile con questo altro trattato, le disposizioni di quest'ultimo prevalgono. 3. Quando tutte le parti a un precedente trattato sono anche parti a un trattato posteriore, senza che il trattato anteriore si sia estinto o che la sua applicazione sia stata sospesa in

Secondo questa prospettiva, dunque, sarebbe il giudice il soggetto chiamato a individuare le disposizioni più favorevoli per il richiedente, secondo una valutazione casistica.

Così, la Convenzione europea non sarebbe concepita come un sistema isolato; al contrario sarebbe parte integrante del diritto dei trattati, situandosi all'interno di un contesto interno e internazionale di strumenti di tutela ed esposto alle reciproche influenze.

Secondo Decaux, infatti, la formula si pone quale clausola rituale, quasi di stile, dettata dall'eccessiva prudenza diplomatica che, in conclusione, nega il dinamismo proprio del diritto convenzionale²¹.

Passando al piano interno la dottrina italiana ha, inizialmente, accolto diversamente la portata dell'articolo sottolineandone il potenziale espansivo.

Secondo alcuni²², infatti, dai lavori preparatori si devono trarre necessariamente due profili esegetici rilevanti. Prioritariamente, l'articolo darebbe voce all'esigenza, accolta nella versione finale, di non pregiudicare il godimento dei diritti non garantiti dalla Convenzione e previsti da altri strumenti normativi di protezione dei diritti dell'uomo. Inoltre si dovrebbe sempre tenere a mente che diverse garanzie riconosciute dalla Convenzione siano la riproduzione di garanzie analoghe contenute nei sistemi nazionali di tutela dei diritti fondamentali.

Come già anticipato da Decaux, l'interpretazione dell'articolo si pone in un'ottica diversa a seconda che lo si guardi con riferimento ai sistemi di protezione interni o che invece ci si focalizzi al coordinamento tra le norme della Convenzione e gli altri accordi internazionali.

virtù dell'art. 59, il trattato anteriore si applica soltanto nella misura in cui le sue disposizioni sono compatibili con quelle del trattato posteriore. 4. Quando le parti ad un trattato anteriore non sono tutte parti al trattato posteriore: nei rapporti fra gli Stati parti ai due trattati la regola applicabile è quella enunciata al paragrafo 3; nei rapporti fra uno Stato parte ai due trattati e uno Stato parte ad uno soltanto di essi, il trattato al quale i due Stati sono parti regola i loro diritti e obblighi reciproci. 5. Il paragrafo 4 si applica fatto salvo quanto disposto dall'art. 41, e senza pregiudicare qualsivoglia problema di estinzione o sospensione dell'applicazione di un trattato ai sensi dell'articolo 60 o qualsivoglia questione di responsabilità che possa sorgere per uno Stato dalla conclusione o dall'applicazione di un trattato le cui disposizioni siano incompatibili con gli obblighi di cui sia destinatario nei confronti di un altro Stato per effetto di un altro trattato».

²¹ E. DECAUX, *Article 60*, cit., 899.

²² Così P. PUSTORINO, *Commento all'articolo 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in B. CONFORTI, S. BARTOLE, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam Padova, 2001, pp. 741-742.

In riferimento al rapporto tra le norme della convenzione e i sistemi nazionali di tutela dei diritti dell'uomo si è rilevato che l'art. 53 sarebbe espressione di un disegno di armonizzazione degli ordinamenti nazionali e che la Convenzione avrebbe lo scopo di istituire un c.d. standard minimo di protezione dei diritti dell'uomo senza per questo pregiudicare la disposizioni nazionali che prevedano una protezione più estesa delle garanzie individuali²³.

Di qui la conseguenza che qualora le legislazioni nazionali contemplino disposizioni più favorevoli sulla tutela delle garanzie individuali, tali prevarrebbero, a livello interno sulle disposizioni della Convenzione.

Per quanto riguarda il coordinamento della Convenzione con le altre fonti di natura pattizia esistono, invece, diverse posizioni.

Secondo Capotorti l'art. 53 avrebbe la funzione di garantire, in linea di principio, la compatibilità delle norme della Convenzione con le norme di accordi anteriori o successivi che prevedano disposizioni più favorevoli in materia di diritti fondamentali. L'Autore, sostiene che, in caso di conflitto si dovrebbe applicare la normativa in tema di incompatibilità fra trattati disciplinata dalla Convenzione di Vienna del 1969²⁴.

Secondo altri Autori, invece, l'art. 53 avrebbe una funzione esclusivamente interpretativa e, conseguentemente, le ipotesi di conflitto fra la Convenzione e gli accordi sulla tutela dei diritti fondamentali andrebbero risolte in base al principio di carattere interpretativo della prevalenza della norma più favorevole²⁵.

Questa impostazione troverebbe riscontro nell'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati in base al quale nell'interpretazione delle norme di un trattato, occorre prendere in considerazione le altre norme di diritto internazionale applicabili alle fattispecie in questione.

²³ Cfr. M. CAPPELLETTI, *New perspectives for a common law of Europe*, Sijthoff Bruxelles; Publications of the European University Institute Firenze, 1978, pp. 350-353.

²⁴ F. Capotorti, *Interferenze fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed altri accordi e loro riflessi negli ordinamenti interni*, in *Comunicazione e Studi*, vol XII, 1966, 131 ss.

²⁵ B. CONFORTI, *Quelques réflexions sur les rapports de la Convention européenne des droits de l'Homme avec d'autres Conventions*, in M. DE SALVIA, M. E. VILLIGER (a cura di), *L'éclosion du droit européen des droits de l'Homme/The Birth of European Human Rights Law. Liber Amicorum Carl Aage Norgaard*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998, pp. 47-52.

2. L'apporto della Corte europea dei diritti dell'uomo all'interpretazione dell'art. 53 CEDU

La giurisprudenza sul punto non è particolarmente vasta e i pochi casi disponibili non offrono una lettura univoca dell'art. 53 CEDU.

Quello che traspare, infatti, è una certa confusione sul significato e sullo scopo della norma tanto che il giudice convenzionale sembra piuttosto riluttante nel riferirsi all'articolo²⁶.

La giurisprudenza della Corte EDU è ferma nel dichiarare che i ricorrenti non possono invocare, per il mezzo dell'art. 53 CEDU, la violazione di diritti previsti dal diritto interno e da altri trattati internazionali. La giurisprudenza è, difatti, consolidata nel dichiarare irricevibili *ratione materiae* i ricorsi relativi a presunte violazioni di diritti diversi rispetto a quelli riconosciuti dalla CEDU²⁷.

D'altra parte, però, il giudice di Strasburgo non ha fatto a meno di servirsi di normative interne o altri trattati internazionali quali fonti di ispirazione e supporto di un certo tipo di interpretazione della CEDU.

È pur vero che, in questi numerosi casi, la Corte ha fatto sì ricorso a fonti esterne diverse dalla Convenzione ma lo ha fatto sempre senza bisogno di ricorrere all'art. 53 CEDU²⁸.

²⁶ Basti notare che in nessuna delle Relazioni annuali sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo vi è un riferimento espresso all'articolo 53 CEDU (*Overview of the case-law of the European Court of Human Rights* reperibile su <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis>)

²⁷ V. i risalenti casi nei quali l'allora Commissione dichiarava inammissibili le domande che contenevano presunte violazioni della Carta sociale europea e del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali *Markoupolou et al. c. Grecia*, ric. n. 20665/92, 20666, 20668, 21732, 21991-92, 21991, 21999, e 22219/93, tutte decise il 6 aprile 1992, e *M.K. et al. c. Grecia* ricc. n. 20723-24/92, 22213-18 and 22220-27/93, decise il 1 dicembre 1993. Per i casi nei quali la Corte si è espressa con dispositivi di irricevibilità in risposta a lamentate lesioni dell'art. 53 in termini generici finalizzate a denunciare la lesione di altri diritti convenzionali cfr. caso *Dumitrascu c. Romania e Turchia*, sent. 9 giugno 2006, caso *Martynov c. Ucraina*, (ric. n. 36202/03) sent. 14 dicembre 2006; caso *Volosyuk c. Ucraina* (ric. n. 1291/03) sent. 22 maggio 2007, caso *Iliev c. Bulgaria*, (ric. n. 5523/00) sent. 26 luglio 2007, caso *Iakovlev c. Russia*, (ricc. n. 43370/04, 8252/05 and 18454/06), sent. 19 ottobre 2012.

²⁸ Cfr., il richiamo alle convenzioni stipulate nell'ambito dell'OIL caso *Van der Mussele c. Belgio*, sent. 23 novembre 1983; rinvii alla Carta sociale europea, caso *Syndacat nationnl fr ls polivr brlhr c. Belgio*, sent. 27 ottobre 1975, caso *Sindacato svedese di autisti di locomotive c. Svezia* sent. 6 febbraio 1976, caso *Schimdt e Dahlstrom c. Svezia*, sent. 6 febbraio 1976; richiamo del Patto internazionale del 1966 sui diritti civili e politici caso *Glaserapp c. Repubblica federale tedesca*, sent. 28 agosto 1986, caso *Muller e altri c. Svizzera*, sent. 24 maggio 1988; rinvio alla Convenzione ONU del 1989 sui diritti del

Sebbene la Corte non si sia mai riferita all'art. 53 CEDU per valutare la presenza di violazioni, non sono, d'altro canto, mancati casi in cui i Governi resistenti hanno invocato l'art. 53 davanti alla Corte²⁹.

2.1. Il carattere sussidiario della tutela convenzionale

Vi sono un primo gruppo di casi che riguardano in particolare il carattere sussidiario della tutela convenzionale.

Nel caso *Shamaiev e altri c. Georgia e Russia* – in tema di estradizione –, ad esempio, la Corte afferma che la CEDU consacra una garanzia collettiva dei diritti che rinforza la protezione offerta a livello nazionale senza per questo imporre limiti ai diritti riconosciuti dalla CEDU e tutelati a livello nazionale³⁰.

In maniera simile, alcuni casi, contemplano la possibilità per gli Stati parti di andare al di là degli obblighi imposti loro dalla CEDU: nel caso *E. B. c. Francia*, dove a venire in rilievo è la possibilità – prevista dall'ordinamento francese e non espressamente tutelata dalla CEDU – di adozione da parte di persone non coniugate³¹, e nel più noto caso *Handyside*³².

fanciullo è contenuto nel caso *Costello-Roberts c. Regno Unito*, sent. 25 marzo 1993 ed infine, il caso *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, dove al par. 108 vengono richiamati il Patto internazionale del 1966 sui diritti civili e politici e l'art. 4 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 1969 senza però fare menzione alcuna dell'art. 53.

²⁹ Cfr., tra gli altri, caso *Jersild c. Danimarca*, sent. 23 settembre 1994 nel quale il Governo danese invoca l'art. 53 ma né la sentenza della Corte né le opinioni dissenzienti menzionano la previsione.

³⁰ Corte EDU, caso *Shamaiev e altri c. Georgia e Russia* (ric. n. 36378/02) sent. del 12 aprile 2005, par. 500 dove si afferma «the Court does not call into question the principle of subsidiarity inherent in the Convention system. Indeed, the Court's fact-finding visit does not replace national supervision by the European supervision introduced by the Convention, but amounts to a procedural measure in the context of that supervision. Through its system of collective enforcement of the rights it establishes, the Convention reinforces, in accordance with the principle of subsidiarity, the protection afforded at national level [...] but never limits it (Article 53 of the Convention)». Precedentemente, e in maniera del tutto simile, Corte Edu, caso *Partito comunista Unificato di Turchia c. Turchia* (ric. n. 19392/92), sent. del 30 gennaio 1998, par. 28.

³¹ Corte EDU, caso *E. B. c. Francia* (ric. 43546/02), sent. del 22 gennaio 2008. Il caso trae origine dal ricorso della sig.ra E. B. la quale sosteneva di aver subito, durante tutte le fasi del procedimento di richiesta di autorizzazione all'adozione, un trattamento discriminatorio in ragione del suo orientamento sessuale e lesivo del suo diritto al rispetto della vita privata, in particolare, v. par. 49 dove si afferma «la presente causa non riguarda né l'adozione da parte di una coppia, né quella che può essere richiesta dal compagno o dalla compagna dello stesso sesso del genitore biologico, ma soltanto l'adozione da parte di una persona non sposata. Ora, se l'articolo 8 della Convenzione ignora questa questione, la Corte constata che il diritto francese, dal canto suo, accorda espressamente alle persone non sposate il diritto di chiedere l'autorizzazione per l'adozione e disciplina un apposito procedimento. Perciò, la Corte ritiene che le circostanze del caso di specie

Questo ultimo caso trae origine dalla presunta contrarietà all'art. 10 par. 2 CEDU del provvedimento con il quale l'Inghilterra condannava un editore inglese sulla base dell'*Obscene publications Act* per aver stampato e distribuito nel paese una pubblicazione danese di educazione sessuale per minorenni.

L'editore assumeva davanti alla Corte EDU assumendo che il provvedimento nazionale non rientrasse tra le limitazioni della libertà di espressione previste dal par. 2 dell'art. 10 CEDU³³. Il governo inglese, d'altro canto, sosteneva che l'interferenza statale nella libertà di espressione esercitata dall'editore rientrasse tra quei "doveri e responsabilità" sulla base dei quali, ex art. 10 par. 2 CEDU, possono essere poste delle limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero.

La pronuncia assume rilievo sotto due differenti aspetti.

Il primo aspetto riguarda l'applicazione sistematica della tecnica del margine di apprezzamento, di cui si è già detto³⁴.

Il secondo aspetto riguarda, invece, specificamente l'art. 53 (art. 60 nella pronuncia).

Il ricorrente, tra le altre argomentazioni, sosteneva che le misure adottate dall'Inghilterra non potevano rientrare tra quelle "necessarie in una società democratica" (art. 10, par. 2 CEDU) dal momento che in altre parti del Regno Unito il materiale era stato diffuso liberamente senza alcuna censura da parte delle autorità statali³⁵.

ricadano, senza dubbio, sotto l'imperio dell'articolo 8 della Convenzione. Di conseguenza, lo Stato, che è andato oltre i propri obblighi derivanti dall'articolo 8 istituendo un simile diritto, ciò che gli è consentito fare in applicazione dell'articolo 53 della Convenzione, non può, nell'applicazione concreta di quest'ultimo, adottare delle misure discriminatorie ai sensi dell'articolo 14» (traduzione non ufficiale dal testo originale a cura dell'Unione forense per la tutela dei diritti dell'uomo).

³² Corte EDU, caso *Handyside c. Regno Unito* (ric. 5493/72), sent. del 7 dicembre 1976.

³³ Art. 10, par. 2, CEDU «L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

³⁴ Cfr. *supra* Cap. I par. 2.3.

³⁵ Corte EDU, caso *Handyside c. Regno Unito*, cit., punto 53.

La Corte, in risposta a tale posizione afferma che «Above all, it must not be forgotten that the Convention, as is shown especially by its Article 60 (art. 60), never puts the various organs of the Contracting States under an obligation to limit the rights and freedoms it guarantees. In particular, in no case does Article 10 para. 2 (art. 10-2) compel them to impose “restrictions” or “penalties” in the field of freedom of expression; it in no way prevents them from not availing themselves of the expedients it provides for them (cf. the words “may be subject”))»³⁶.

L’art. 53, dunque, svolgerebbe una funzione negativa nel non obbligare gli Stati a prevedere delle limitazioni ai diritti, seppure astrattamente contemplate dalla Convenzione.

Sulla base di queste decisioni appare chiaro che l’articolo 53 CEDU vieti alla Corte EDU di imporre limiti o restrizioni alla protezione nazionale dei diritti fondamentali, nella misura in cui siano riconosciuti anche nella CEDU e rispetto agli altri diritti la CEDU non si pronuncia affatto lasciando implicitamente esclusa la tutela di ulteriori diritti sulla base dell’art. 53 CEDU.

2.2. Il concetto di maggior tutela nella giurisprudenza convenzionale

Ulteriore richiamo alla casistica giurisprudenziale può essere utile per individuare come la Corte EDU abbia definito e circoscritto il concetto di “maggior tutela”.

Nel caso *Okçay e altri c. Turchia*, ad esempio, la Corte, sulla base dell’art. 53 ha interpretato l’art. 6, par. 1 CEDU alla luce delle esigenze imposte dal livello nazionale affermando che «the concept of a “civil right” under Article 6 § 1 cannot be construed as limiting an enforceable right in domestic law within the meaning of Article 53 of the Convention»³⁷. In particolare, le autorità turche sono state condannate dalla Corte per la mancata attuazione delle ordinanze con le quali

³⁶ Corte EDU, caso *Handyside c. Regno Unito*, cit., punto 54.

³⁷ Corte EDU, caso *Okçay e altri c. Turchia* (ric. 36220/97) sent. del 12 luglio 2015, par. 68. Allo stesso modo, ma con riferimento all’estensione dell’interpretazione dell’art. 6 CEDU al processo di appello, nel caso *Ekebatani c. Svezia* (ric. 10563/83), sent. del 26 maggio 1988.

i giudici turchi avevano disposto la chiusura di tre impianti termoelettrici per il loro effetto inquinante. Il mancato rispetto di tali provvedimenti e la conseguente mancata chiusura degli impianti inquinanti ha reso la Turchia responsabile della violazione del diritto giusto processo (art. 6 CEDU).

In questo modo, pur non esistendo nella CEDU specifiche disposizioni relative alla protezione dell'ambiente, la Corte si è servita dell'art. 53 per sostenere che il rispetto dell'art. 6 impone che il ricorrente possa – sulla base di quanto stabilito dalle previsioni nazionali – far valere la pretesa di vivere in un ambiente salubre ed equilibrato e che i provvedimenti giurisdizionali assunti dalle autorità giudiziarie nazionali debbano avere un seguito.

In questi termini, dunque, parrebbe che l'articolo 53 non solo imponga che la Convenzione non possa essere un limite per la protezione nazionale dei diritti fondamentali, ma che, per il tramite dell'articolo 53, si debba interpretare la stessa Convenzione alla luce del diritto nazionale più garantista.

Infine, il riferimento all'art. 53 CEDU, si ha in cause in cui sono presenti due diritti confliggenti, in questi casi la Corte ha risolto, anche alla luce dell'art. 53, il conflitto tra libertà garantite dalla CEDU e i diritti tutelati a livello interno ma non riconosciuti dalla Convenzione.

Un primo caso da richiamare è certamente *Open Door c. Irlanda*³⁸.

In questa ipotesi a venire in rilievo è il contrasto tra la normativa costituzionale irlandese e la Convenzione.

Da un lato, infatti, si assume che le attività di *Open Door* e *Dublin Well Woman*, che si sostanziano nel segnalare a donne in gravidanza la possibilità di abortire all'estero, avvengano in violazione dell'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese, a tutela del diritto alla vita del concepito³⁹, che non trova alcun esplicito riscontro nella Convenzione.

Dall'altro si contrappone la libertà di espressione intesa quale diritto di fornire e ricevere informazioni da parte rispettivamente dell'associazione e delle donne in stato di gravidanza, così come tutelato dell'art. 10 della Convenzione.

³⁸ Corte EDU, caso *Open Door Counselling and Dublin Well Women and Others v. Ireland* (ricc. n. 14234/88 e n. 14235/88), sent. del 29 ottobre 1992.

³⁹ Art. 40.3.3 della Cost. irlandese recita: "Lo stato riconosce il diritto alla vita del concepito e, tenuto conto dell'eguale diritto della madre alla vita, si impegna a rispettarlo, proteggerlo e implementarlo attraverso le sue leggi".

La Corte si deve esprimere sulla compatibilità delle ordinanze irlandesi che hanno limitato le attività delle associazioni ricorrenti sulla base della supposta lesione del diritto alla vita del nascituro, non rientrante nel campo di applicazione dell'art. 2 della Cedu, e particolarmente tutelato dall'ordinamento irlandese.

Il Governo, a sostegno della posizione statale, richiama – tra le altre cose – la clausola del livello più alto di tutela prevista dall'art. 53 CEDU assumendo dunque che nel caso di specie dovesse prevalere la maggiore tutela apprestata al nascituro dalla normativa nazionale.

La Corte, evitando di pronunciarsi espressamente sull'articolo, afferma di ritenere che lo Stato non possieda, seppur nel dominio della protezione della morale, un potere discrezionale assoluto e insuscettibile di essere controllato ma che rimane «del resto chiaro che le autorità nazionali godono in materia di un ampio margine di apprezzamento, in particolare riguardo una sfera come quella che riguarda la natura della vita umana»⁴⁰.

Non trattandosi però di un potere illimitato la Corte è pur sempre chiamata a verificare se la restrizione sia compatibile con la Convenzione.

Riconsiderata in questi termini, e totalmente bypassata la questione tra i diversi livelli di tutela, la Corte ritiene che la restrizione imposta alle ricorrenti è sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti e dunque viola l'art. 10 della CEDU.

La Corte, infatti, considera la circostanza per la quale i consulenti delle associazioni ricorrenti dispensano alle donne incinte consigli che non miravano né a proporre, né a incoraggiare l'aborto, ma semplicemente a spiegare le possibili opzioni. Non esiste dunque un nesso diretto tra la comunicazione delle informazioni e l'uccisione di una vita, ancora non venuta alla luce, così come inteso nella difesa del Governo irlandese.

La decisione è stata assunta con 15 favorevoli e 8 contrari. In particolare quasi tutte le opinioni dissenzienti hanno dato un qualche peso all'argomentazione del governo Irlandese fondata sull'articolo 53 CEDU (già art. 60).

In particolare, l'opinione dissenziente dei giudici Pettiti, Russo e Lopes Rocha, approvata dal giudice Bigi mette in chiaro che «non è [...] corretto ritenere

⁴⁰ Corte EDU, caso *Open Door*, cit., par. 68.

la presa di posizione sull'aborto un'espressione della morale o dell'idea che si ha di sessualità. La Corte non ha cioè tenuto conto in modo sufficiente [...] della clausola, ex art. 60, che assicura il riconoscimento della legislazione nazionale che garantisce un livello di tutela più elevato di quello assicurato dalla Convenzione. La Corte si concentra sulla valutazione del problema morale, senza rispondere veramente al ragionamento articolato dal Governo per giustificare l'obbligo di conformarsi al dettato della Costituzione»⁴¹.

In maniera in parte analoga, nel caso *Leempoel & S.A. Ed. Cine Revue c. Belgio*⁴², la Corte si trova ad affrontare il contrasto tra la libertà di espressione, riconosciuta all'art. 10 CEDU, e il diritto alla vita privata, garantito dall'art. 8 della CEDU.

Secondo il ricorrente, un editore belga, il divieto di diffusione del numero della rivista *Ciné Télé Revue* perché contenente le note scritte da un giudice istruttore, per un'udienza⁴³ sarebbe stato contrario all'art. 10 CEDU.

In questo caso è la parte privata ad invocare l'applicazione dell'art. 53 CEDU, dal momento che l'imposizione alla casa editrice belga di rimuovere qualsiasi riferimento alla notizia riguardante il giudice D., sarebbe contrario all'articolo 25 della Costituzione belga che impone un regime più protettivo della CEDU nel proibire ogni forma di censura preventiva.

Anche in questo caso la Corte, ignorando quasi completamente l'argomentazione basata sull'art. 53 CEDU, si limita a constatare che in relazione alla possibile violazione dell'articolo 10 par. 2 CEDU, le misure adottate dalle autorità nazionali non costituiscono delle censure preventive e in ogni caso sono

⁴¹ Traduzione non ufficiale. V. anche le opinioni dissenzienti dei giudici Blayney e De Meyer. Secondo il primo alla «Court is precluded by Article 60 (art. 60) of the Convention from finding that there has been a breach of Article 10 (art. 10). [...] The right of the unborn to be born is clearly a human right and it is guaranteed in Ireland by Article 40.3.3 of the Constitution. Under Article 60 (art. 60) nothing in the Convention is to be construed as limiting or derogating from that right. If Article 10 (art. 10) is to be construed as entitling the applicants to give information to pregnant women so as to assist them to have abortions in England, then in my opinion it is being construed so as to derogate from the human rights of the unborn».

⁴² Corte EDU, caso *Leempoel & S.A. Ed. Cine Revue c. Belgio* (ric. n. 64772/01), sent. del 9 novembre 2006.

⁴³ Si trattava, in particolare, di un'udienza dinanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta relativa al caso *Dutroux*, un caso di pedofilia che aveva destato molto scalpore nell'opinione pubblica belga e che aveva portato alle dimissioni – dopo l'evasione del condannato dal Palazzo di giustizia – dei Ministri della Giustizia e degli Interni.

previste dalla legge e proporzionate⁴⁴. La Corte è quindi arrivata a stabilire all'unanimità la non sussistenza della violazione della CEDU.

In entrambi i casi, dunque, nell'opera di bilanciamento la disposizione in esame non ha svolto alcun ruolo decisivo.

2.3. Le opinioni concorrenti e dissenzienti dei giudici della Corte EDU

Si possono, infine, richiamare una serie di opinioni concorrenti e dissenzienti, la maggior parte delle quali hanno confermato la natura sussidiaria della tutela convenzionale⁴⁵ e la protezione del minimo comun denominatore su cui la Corte è chiamata a sorvegliare⁴⁶.

Altre hanno invece tentato di contrastare la posizione – come si è visto – pilatesca della Corte, mettendo in luce le potenzialità applicative dell'articolo in esame.

Il Giudice M. Zekia nel caso *Wemboff*⁴⁷, ad esempio, nel quale la Corte aveva negato la violazione della Convenzione da parte dello stato inglese per protratta detenzione di un cittadino in attesa di giudizio, sottolinea come l'art. 53 CEDU dovrebbe promuovere l'interpretazione degli articoli della Convenzione (nel caso di specie artt. 5 e 6 CEDU) alla luce delle maggiori garanzie offerte dalla normativa nazionale⁴⁸.

⁴⁴ Sull'argomento si v. M. DIAZ CREGO, *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados Miembros*, Reus, 2009. pp. 212 -213.

⁴⁵ Si v. Opinione dissenziente del giudice Golcuklu, Corte EDU, caso *Akdivar e altri c. Turchia* (ric. 57/1995/563/649), sent. del 30 agosto 1996.

⁴⁶ Opinione concordante comune ai giudici Rozakis, Tulken, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky e Garlicki, Corte EDU, caso *Bosphorus Hava Yollari Turiz ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda* (ric. 45036/98) sent. del 30 giugno 2005 dove si invita «a non abbassare il livello di guardia, onde evitare che il criterio della “presunzione di protezione equivalente” non finisca per diventare il grimaldello per la creazione, a livello europeo, di un doppio sistema di protezione dei diritti umani, uno a livello comunitario e l'altro a livello convenzionale, con standard di garanzie non uniformi» (traduzione non ufficiale curata da duitbase.it).

⁴⁷ Corte EDU, caso *Wemboff c. Inghilterra*, (ric. n. 2122/64), sent. del 27 giugno 1968.

⁴⁸ Opinione dissenziente del giudice M. Zekia, il quale afferma «It might be remarked that we are not here concerned with the Englishman or with the common law system. Let the suspect or the criminal in England enjoy the greater protection and liberty that common law accords him. Furthermore, Article 60 (art. 60) of the Convention saves rights and liberties enjoyed by individuals in their country if such rights and liberties are over and above those guaranteed by the Convention. Of course, we are primarily interested with the interpretation and the application of

Nel caso *Golder*⁴⁹, lo stesso giudice precisa come l'interpretazione dell'art. 6 par. 1 CEDU nel senso di ricomprendere anche la tutela dell'accesso al giudice civile sia resa possibile dall'art. 53-60 CEDU il quale «keeps intact such human rights as are provided by national legislation. Right of access being a human right is no doubt included in the human rights referred to in Article 60 (art. 53). This in a way fills up the gap for claims in respect of which no specific provision for right of access is made in the Convention»⁵⁰.

La Corte, dopo aver, sulla base degli articoli da 31 a 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, interpretato la prima parte dell'articolo 6 par. 1, leggendola nel suo contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo della normativa, conclude affermando che il diritto di accesso costituisce un elemento ricompreso nel diritto sancito dall'articolo 6.1, in quanto rappresenta un aspetto del diritto a un equo processo.

O ancora i casi *Hammern c. Norvegia* e *O. c. Norvegia* dove, alla luce dell'art. 53, l'opinione concorrente del Giudice Greve, sottolinea come il sistema di compensazione in caso di errore giudiziario previsto dall'ordinamento norvegese va oltre le esigenze minime prospettate dalla CEDU⁵¹.

Dall'esame di queste e altre opinioni dissenzienti⁵² si può dedurre una certa divergenza tra queste posizioni e le scelte assunte dalla Corte nella propria giurisprudenza. Sebbene, infatti, vi sia una certa convergenza sul fatto che l'articolo possa trovare applicazione solo sul presupposto che non esista un reale

the relevant Articles of the Convention, but in our search for the proper understanding of the scope and extent of the words "reasonable time" occurring in Article 5 (3) (art. 5-3) it is permissible, in my view, to examine the meaning attached to such words in judicial practice in a neighbouring country signatory of the Convention».

⁴⁹ Corte EDU, caso *Golder c. Regno Unito*, (ric. n. 4451/70), sent. del 21 febbraio 1975.

⁵⁰ Opinione dissenziente del giudice M. Zekia, caso *Golder c. Regno Unito*.

⁵¹ Corte EDU, caso *Hammern c. Norvegia* (ric. n. 30287/96), sent. del 11 febbraio 2003 e *O. c. Norvegia* (ric. n. 29327/95), sent. 11 febbraio 2003, opinione concorrente Giudice Greve. Il caso prende le mosse dal ricorso del sig. Håmmern, cittadino norvegese, inizialmente accusato di reati sessuali nei confronti di minori e poi assolto. Lo stesso presentava richiesta di risarcimento per ingiusta detenzione sulla base della normativa norvegese, vedendola accolta solo in parte. Non gli veniva accordato, infatti, il risarcimento supplementare dal momento che "it not having been shown probable that he did not perform the acts which were the basis of the charge". Tale decisione, secondo la Corte, violerebbe 'art. 6 par. 2 CEDU il quale prevede la presunzione di innocenza.

⁵² Opinione dissenziente dei giudici Costa, Wildhaber, Turmen, Borrego e Joaenò nel caso *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia* (ric. n. 63235/00) sent. 19 aprile 2007; opinione dissenziente del giudice Loucaides, caso *Maaonia c. Francia* (ric. n. 39652/98), sent. 5 ottobre 2000.

conflitto tra diritti, vi sono molti tra i richiamati casi in cui le opinioni dissenzienti hanno preconizzato la necessaria applicazione dell'art. 53 CEDU mentre la Corte ha evitato chiaramente di pronunciarsi sulla questione.

La Corte, infine, anche nei casi in cui la protezione nazionale assicurava un più alto livello di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU, non ha mai consentito la “disapplicazione” della CEDU a favore del diritto nazionale più protettivo. Al contrario ha affermato la propria incompetenza a pronunciarsi sulle presunte violazioni dei diritti riconosciuti in altri strumenti, pur cercando di estendere l'interpretazione della CEDU in linea con la legislazione nazionale più protettiva.

Allo stesso modo la disposizione non è mai stata utilizzata autonomamente per fondare una decisione di condanna per la violazione dei diritti convenzionali⁵³.

3. Qualche osservazione

Ebbene, l'esame dell'articolo in questione ha permesso di mettere in luce le caratteristiche proprie dell'art. 53 CEDU che, come si dirà più avanti⁵⁴, costituiscono degli elementi rilevanti al fine di distinguere questa norma dalla norma omologa contenuta nella Carta.

L'art. 53 CEDU è infatti un classico esempio di clausola orizzontale di diritto internazionale che, al pari di analoghe previsioni contenute in altri testi internazionali, mira a fare salvi gli ambiti di competenza di altri trattati sui diritti

⁵³ LIISBERG J. B., *Does the Eu Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, in *Jean Monnet Work. Pap.*, 4/01, 2001, 1–58.

BLACKBURN R. e POLAKIEWICZ J., *Fundamental rights in Europe: the European Convention on Human Rights and its member states, 1950-2000*, Oxford University Press, Oxford 2001; CONSEIL DE L'EUROPE. COMITE D'EXPERTS EN MATIERE DE DROITS DE L'HOMME, *Problèmes découlant de la coexistence des Pactes des Nations Unies relatifs aux Droits de l'Homme et de la Convention européenne des Droits de l'Homme: différences quant aux droits garantis: rapport*, 1970; CONSIGLIO DI EUROPA, *Collected edition of the «Travaux Préparatoires» of the European Convention on Human Rights*, The Hague, La Haye, Nijhoff, 1975; CRIVELLI E., *Art. 53*, in BARTOLE S. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova 2012, pp. 774 – 779; JACOBS F. G. e WHITE R. C. A., *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, 1996; MACDONALD R., *The European System for the Protection of Human Rights*, Springer Netherlands, 1993; PETZOLD H., WIARDA G. J., MATSCHER F., *Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns, Köln 1990.

⁵⁴ Cfr. Cap. III par. 3.

umani a cui lo Stato chiamato ad osservare la disposizione convenzionale, eventualmente aderisca.

Si tratta, in ultima analisi, di una clausola che, oltre a confermare il carattere sussidiario della tutela convenzionale, non si sostanzia in un vero e proprio canone interpretativo (seppure la lettera della norma potrebbe lasciarlo intendere) ma in una enunciazione di carattere simbolico tipica del diritto internazionale pattizio avente ad oggetto i diritti umani.

In questo senso si coglie l'estraneità della previsione rispetto ai fini dell'indagine e la necessità di procedere all'analisi della omologa (ma non analoga) previsione della Carta di Nizza.

Come si avrà modo di vedere, infatti, solo questa seconda clausola può intendersi quale base legale del principio di massimizzazione proprio per la differenza intrinseca del sistema convenzionale – volto ad assicurare, in via sussidiaria, un livello minimo di tutele – e l'ordinamento europeo – dove sarebbe invece possibile una evoluzione “al rialzo”.

Capitolo III

La base legale del canone nel contesto europeo

1. L'art. 53 della CDFUE: una classica clausola di salvaguardia?

L'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato "Livello di protezione", dispone:

«Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri».

Come si vede la semplice lettura della norma richiama, quasi in maniera integrale, il dettato dell'art. 53 della CEDU. Da questo ne potrebbe derivare la completa sovrapposibilità di quanto appena richiamato in ordine all'interpretazione al ruolo che la norma riveste nel sistema convenzionale.

Prima di arrivare a tale conclusione è necessario valutare quali siano state le ragioni che hanno spinto all'inserimento di una tale norma nella Carta e, conseguentemente, quale sia il ruolo attribuito alla stessa.

Si inizierà, dunque, con l'esame dei lavori preparatori dai quali è forse già possibile rilevare gli elementi di novità rispetto alla clausola contenuta nella CEDU.

1.1 Lavori preparatori e lettura della norma

Su quale sia il ruolo rivestito dall'art. 53 della CDFUE non sembra potersi dare una soluzione univoca¹.

L'articolo è chiaramente ispirato dalla simile o «apparently similar»² previsione normativa contenuta nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il semplice confronto con i trattati internazionali, infatti, mette in luce la presenza di una clausola di salvaguardia, del tutto simile a quella dell'art. 53, comune a tutti gli strumenti normativi aventi ad oggetto i diritti umani.

La clausola è stata introdotta su richiesta del rappresentante del Consiglio d'Europa nella sede della Convenzione³ allo scopo di salvaguardare la piena

¹ A commento dell'articolo si v., nella dottrina italiana: M. CARTABIA, *Articolo 53*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di) *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna 2001, pp. 360-366; A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Rivista ital. dir. pubbl. comunitario*, 2, 2005, p. 503 ss. Per la dottrina straniera cfr. L. AZOULAI, *Article II-113*, in L. BURGORGUE LARSEN, A. LEVADE AND F. PICOD (a cura di), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article* (Brussels, Bruylant, 2005) 689-714; J. BERING LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?* (2001) 38 *Common Market Law Review* 1171-99; L. BESSELINK, 'The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter' (2001) 8 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 68; M. BLECKMANN, *Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2011); M. Borowsky, 'Artikel 53', in J. MEYER (a cura di), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3rd edn (Baden-Baden, Nomos, 2011) 705-15; S. GRILLER, 'Der Anwendungsbereich der Grundrechtscharta und das Verhältnis zu sonstigen Gemeinschaftsrechten, Rechten aus der EMRK und zu verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten', in A. DUSCHANEK e S. GRILLER (a cura di), *Grundrechte für Europa* (Vienna, Springer, 2002) 163-82; J. MARTÍN e PÉREZ DE NANCLARES, 'Artículo 53', in A. MANGAS MARTÍN (a cura di), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea—Comentario artículo por artículo* (Bilbao, Fundación BBVA, 2008); A. TORRES PÉREZ, 'Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door' (2012) 8 *European Constitutional Law Review* 105-27; A. WIDMANN, 'Article 53: Undermining the Impact of the Charter of Fundamental Rights' (2002) 8 *Columbia Journal of European Law* 342-58; C. NONEREO ATIENZA, J. L. MONEREO PÉREZ (a cura di), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 1397-1419; J. BAQUERO CRUZ, *Cooperación, competencia, deferencia: la interacción entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales en el ámbito de los derechos fundamentales*, in J. M. BENEYO PEREZ (a cura di), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión europea*, tomo II *Derechos Fundamentales*, Thomson Reuters, New York 2009, pp. 133- 138; SPAVENTA E., *Fundamental rights in the EU*, in BERNARD C. e PEERS S. (a cura di), *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, pp. 240-245.

² B. DE WITTE, *Sub Article 53*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER e A. WARD, *The Charter of fundamental rights. A commentary*, Hart publishing Oxford – Portland, p. 1524. Sulla differenza effettiva tra le due norme v. *amplius* Cap. III par. 3.

³ La "Convenzione" è stata l'organo preposto alla redazione della Carta, la cui composizione è decisa al Consiglio europeo di Tampere del 1999. Essa prevedeva, come membri a pieno titolo, 15 rappresentanti dei capi di Stato o di governo degli allora 15 Stati membri, un rappresentante del

efficacia della CEDU⁴. Come è stato rilevato, infatti, si era manifestata da parte del Consiglio «una certa preoccupazione sul rischio di divergenze nella tutela dei diritti fondamentali in Europa e così, nel corso dei lavori preparatori della Carta, [il rappresentate] ha insistito perché venisse formulata una disposizione diretta ad indicare una via per ricomporre eventuali divergenze»⁵.

D'altro canto, è utile notare come in seno alla Convenzione, incaricata dal Consiglio europeo di Colonia di redigere il progetto⁶, si era da subito messa in luce l'esigenza di apprestare una Carta che potesse diventare vincolante senza apportare modifiche agli ordinamenti interni degli Stati membri⁷.

La proposta iniziale presentava un contenuto molto simile a quello dell'art. 53 della CEDU e faceva espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e al “diritto degli Stati membri”⁸. Queste ultime menzioni, però, provocarono numerosi interventi critici nel Plenum della Convenzione da parte dei rappresentanti del governo⁹ portando ad una nuova redazione che eliminava il riferimento alla giurisprudenza CEDU e sostituiva il riferimento al “diritto degli stati membri” con le “costituzioni degli Stati Membri”¹⁰.

presidente della Commissione, 16 deputati al Parlamento europeo e 30 membri dei parlamenti nazionali. Inoltre, quali osservatori, due rappresentanti della Corte di giustizia e due rappresentanti del Consiglio d'Europa, incluso uno dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Cfr. *Note sintetiche sull'Unione europea*, in europarl.europa.eu. Per un contributo dettagliato sui lavori preparatori dell'articolo si v. J. B. LIISBERG, *Does the Eu Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, in *Jean Monnet Work. Pap.*, 4, 2001, pp. 7-18.

⁴ Cfr. la risoluzione 1210 (2000), Charte 4115/00, contrib. 11 e la risoluz. 1228 (2000), Charte 4500/00, contrib. 350.

⁵ Così M. CARTABIA, *Articolo 53*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di) *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna 2001, p. 361.

⁶ Sulla peculiare forma di produzione giuridica adottata dall'Unione per approvare la Carta si v. S. BAER, *La Carta dei diritti fondamentali, o dell'ambivalenza?*, in *Dir. Publ.*, 3, 2001, pp. 901-922, la quale sottolinea come «da un lato tale processo può essere salutato come un passo verso la trasparenza e, quindi, verso la democrazia, si può anche mettere in rilievo che esso sembra promettere una legittimazione che non è poi in grado di realizzare» (p. 901).

⁷ Come riportato da J. BERING LIISBERG, *cit.*, p. 6.

⁸ Cfr. Charte 4235/00 conv. 27 del 18 aprile 2000, art. H 4.

⁹ In particolare Goldsmit, Nikula, Olsen, O'Kennedy, Tarchys per il riferimento alla giurisprudenza CEDU e Papadimitriou per il riferimento al diritto nazionale.

¹⁰ Cfr. seduta del 3 e 4 maggio 2000.

Nel documento di sintesi, accettando la proposta del governo finlandese, si convergeva definitivamente sul riferimento alle costituzioni degli Stati membri come oggi presente nel testo della Carta¹¹.

Il testo finale dunque richiama le Costituzioni degli Stati membri, a differenza dell'omologa norma contenuta nella CEDU che opera un più generale riferimento alle leggi di ogni parte contraente. Contrariamente la Carta si riferisce al diritto internazionale mentre la Convenzione usa il termine più circoscritto "accordi".

Quale è, però, il valore da attribuire ai lavori preparatori?¹²

Già da tempo in ambito internazionale il valore legale da attribuire ai *travaux préparatoires* è dibattuto e, nel caso della Carta, si ritiene più opportuno valutarli alla luce del diritto europeo piuttosto che del diritto pubblico internazionale ordinario.

Dall'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia si nota come i lavori preparatori di fonti primarie (ovvero Trattati) e secondarie (quali i regolamenti e le direttive) abbiano rivestito un ruolo piuttosto marginale¹³.

In dottrina si era sostenuto che la Corte non si potesse riferire ai lavori preparatori dei Trattati dal momento che la maggior parte di questi documenti non fosse generalmente pubblicata e «documents which are not generally accessible must, however, be ruled out as aids to interpretation for constitutional reasons»¹⁴.

Per questo, ovvero sulla base dell'assunto per il quale «the more public access to *travaux préparatoires* is granted, the more the ECJ will take them into

¹¹ Cfr. Charte 4383/00 con 41 del 3 luglio 2001, art. 49 poi Charte 4422/00 conv 45, del 28 luglio 2000, art. 51 e infine Charte 4470/1/00 rev 1 add1 conv 47 del 25 settembre 2000, art. 52.

¹² Sull'argomento si v., tra gli altri, S. SCHÖNBERG e K. FRICK, *Finishing, Refining, Polishing: On the Use of travaux préparatoires as an Aid to the Interpretation of Community Legislation*, in *European Law Review*, 28, 2003, pp. 149 ss.; S. MIETTINEN e M. KETTUNEN, *Travaux to the Treaties: Treasures or trivia?*, Draft paper to be presented at the European Union Studies Association conference, Boston, March 5, 2015, <https://eustudies.org/conference/papers/download/71>; G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart, Oxford 2012.

¹³ Si v., ad es., Caso C-106/96 *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Commissione delle Comunità europee*, Sentenza 12 maggio 1998.

¹⁴ H. KUTSCHER, *Method of interpretation as seen by a Judge of Cort of Justice, Paper in the Court of Justice's Judicial and Academic Conference, Luxembourg*, 1976, p. 21. Sull'argomento si v., anche, S. WEATHERILL e P. BEAUMONT, *Eu Law*, Penguin Books, 1999, pp. 187-190.

account»¹⁵, si riteneva che i lavori preparatori della Carta potessero rivestire un ruolo particolare.

Nelle linee guida contenute nelle conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere dell'ottobre del 1999, meglio precisate in occasione della prima riunione del 17 dicembre 1999 dell'organo preposto alla redazione della Carta – la Convenzione – infatti, veniva assicurato il rispetto del principio di trasparenza: si stabiliva che le discussioni in seno alla Convenzione e i documenti in essa redatti sarebbero stati resi pubblici.

Dunque una volta che la Carta è stata incorporata nei trattati, ci si sarebbe aspettati un più ampio ricorso da parte della Corte ai lavori preparatori per chiarire il significato e lo scopo delle previsioni, cosa che – fino ad ora – non ha fatto¹⁶.

Nel caso dell'art. 53, inoltre, il riferimento alla *drafting history*, potrebbe risultare piuttosto «silent or confusing»¹⁷ dal momento che questi risultano vaghi e discordanti.

Infine, nelle stesse *Spiegazioni* curate dal Presidium si afferma che le stesse «have no legal value and are simply intended to clarify the provisions of the Charter»¹⁸.

Ebbene, seppure non sia chiaro il loro valore giuridico dal attribuire ai lavori preparatori¹⁹, dal processo elaborativo si possono trarre delle prime valutazioni sulla norma.

¹⁵ Cfr. K. LENAERTS e J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, *EUI Working Paper AEL* 2013/9, 2013, p. 21.

¹⁶ Riferimenti ai lavori preparatori della Carta sono presenti esclusivamente nelle Conclusioni dell'A.G. P. Cruz Villalón presentate il 18 luglio 2013 nella Causa C-176/12 *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouche-du-Rhône e Confédération générale du travail (CGT)* e in quelle dell'A.G. V. Trstenjak presentate il 22 settembre 2011 nella Causa C-411/10 *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*. Lo stesso non può dirsi con riferimento ai lavori preparatori degli altri Trattati, infatti, come notano K. Lenaerts e J. A. Gutiérrez-Fons, *cit.*, p. 21: «at the beginning of the European integration project, *travaux préparatoires* did not play a major role when the ECJ was called upon to interpret secondary EU law, as they were not generally published in the Official Journal. (...) Conversely, where *travaux préparatoires* were published, the ECJ did have recourse to them. The explanatory reports that accompanied the Conventions negotiated by the Member States within the framework of ex Article 293 EC that were published in the Official Journal illustrate this point. For example, when interpreting the 1968 Brussels Convention, the ECJ often quoted the Jenard Report».

¹⁷ J. BERING LIISBERG, *cit.*, p. 19.

¹⁸ Sulle quali si v. *infra*.

In primo luogo, è chiaro che, in sede di elaborazione della Carta si addensò un certo consenso politico sulla necessità di inserire una norma che fosse formulata in modo da non dover comportare delle modifiche alle costituzioni nazionali.

D'altro canto, è altrettanto chiaro che con la stessa norma, si era inteso regolare i problemi di coordinamento con la Convenzione europea.

Come si è rilevato, infatti, nell'ambito della Convenzione ma anche in audizioni nazionali si era posto con forza il problema della coesistenza della Carta con la Convenzione europea e con gli elenchi dei diritti contenuti nelle costituzioni nazionali e l'art. 53 era stato introdotto proprio al fine di garantire che il livello di protezione garantito dalla Carta fosse confrontato con i livelli disposti da Strasburgo nonché dalle Corti costituzionali degli Stati membri²⁰.

Ebbene, la lettura dell'articolo, apparentemente piana in quanto del tutto simile alla medesima norma contenuta nella Convenzione europea, è resa difficoltosa da una serie di fattori concomitanti.

Il fatto che questo tipo di clausola sia usuale per il diritto internazionale, infatti, non significa in alcun modo che la sua inclusione nella Carta sia esente da polemiche²¹. Al contrario, è stata una delle disposizioni che ha creato maggiore dibattito sia prima, in sede di Convenzione, che dopo, nella successiva analisi dottrinale²².

L'art. 53 presenta infatti una formulazione che appare, *prima facie*, vicina a quella di disposizioni generalmente contenute nelle convenzioni internazionali

¹⁹ Il riferimento agli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati internazionali, non pare del tutto calzante con la realtà europea e in ogni caso, non sarebbe argomento dirimente dal momento che il valore dei lavori preparatori, quale strumento supplementare di interpretazione, è discusso anche nell'ambito del diritto internazionale. Su questo ultimo punto si v. Y. LE BOUTHILLIER, *Article 32 Convention of 1969*, in O. CORTEN, P. KLEIN (a cura di) *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 852-859.

²⁰ S. BAER, *cit.*, pp. 917-918. L'A. assunto che le «Costituzioni e i loro interpreti avrebbero qualcosa da perdere se la Carta acquistasse pieno valore giuridico e istituzioni come le corti o i tribunali costituzionali vedrebbero diminuire il loro ruolo se fosse un'altra corte a definire l'orizzonte giuridico europeo», arriva a sostenere che «non si tratta di conflitto tra testi giuridici, ma di corti e di accademici che temono per il loro rango istituzionale» (p. 919).

²¹ Come rileva J. M. PEREZ DE NANCLARES, *Comentario Artículo 53*, in A. MANGAS MARTIN, *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid 2009, p. 854 ss.

²² Sulla quale si v. *infra*.

sulla tutela dei diritti dell'uomo (prima fra tutti la CEDU). Da qui si dovrebbe trarre quale conseguenza che l'art. 53 stabilirebbe soltanto una garanzia minima dei diritti fondamentali e non precluderebbe quindi l'operare una tutela più ampia. Una volta inserito, però, nel contesto delle disposizioni orizzontali della Carta e della funzione potenzialmente svolta dalla Corte di giustizia, il significato della disposizione risulta più problematico e non del tutto assimilabile ad analoghe disposizioni contenute in trattati di diritto internazionale.

Nella ricerca del significato da attribuire all'art. 53 CDFUE, d'altro canto, non ci si può avvalere della guida curata dal Praesidium. Le stesse *Spiegazioni ufficiali*, infatti, non offrono un particolare aiuto nell'esegesi della norma²³. A commento dell'art. 53 ci si limita a fornire una spiegazione molto breve e dai termini molto vaghi:

«Questa disposizione mira a salvaguardare il livello di protezione attualmente offerto, nei rispettivi campi d'applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto degli Stati membri e dal diritto internazionale. Data la sua importanza, viene citata la CEDU. Il livello di protezione offerto dalla Carta non potrà in alcun caso essere inferiore a quello garantito dalla CEDU; ne consegue che il sistema di limitazioni previsto nella Carta non può scendere al di sotto del livello previsto dalla CEDU».

L'unico elemento aggiuntivo che si può trarre dalle Spiegazioni riguarda la collocazione temporale del livello di protezione, giacché nel testo vi è un riferimento all'attualità del sistema di tutele preso in considerazione. Non viene però specificato quale sia il momento al quale ricondurre l'"attualmente": se debba intendersi il momento dell'adozione del testo originale della Carta (nel dicembre 2000), il momento in cui la Carta è stata modificata ed sono state adottate anche le *Spiegazioni* (12 dicembre 2007) o, infine, il momento in cui la Carta ha assunto valore giuridico (1 dicembre 2009). Secondo un'attenta dottrina la ragione principale di questo riferimento temporale va rintracciata nella necessità di enfatizzare il fatto che l'adozione della Carta non può da sola essere usata come

²³ *Testo delle spiegazioni relative al testo completo della Carta*, doc. Charte 4473/00 contrib. 49, europarl.europa.eu.

argomento a giustificazione di una “regressione” della tutela dei diritti fondamentali apprestata dal diritto interno o internazionale²⁴.

Ci si è chiesti poi se il riferimento a “diritti dell’uomo e libertà fondamentali” sia nato dalla semplice trasposizione della omologa norma convenzionale o se si sia voluto tener conto del significato che le “libertà fondamentali” rivestono nel diritto europeo in quanto spesso riassuntive delle libertà di movimento assicurate dal TFUE.

Una lettura di questo tipo, oltre a porre problemi di coordinamento con gli altri diritti, primi tra tutti quelli sociali²⁵, non trova riscontro alcuno nei lavori preparatori alla Carta.

Dunque bisogna concludere ritenendo che la dizione “libertà fondamentali” sia scevra da qualsiasi significato ulteriore in quanto mera operazione di riproduzione del testo convenzionale²⁶.

Nell’articolo vi è poi il riferimento al diritto internazionale.

L’art. 53 sembra distinguere tra diritti umani riconosciuti dal diritto internazionale in generale e quelli specificamente riconosciuti e protetti da convenzioni internazionali alle quali l’Unione o tutti gli Stati membri hanno aderito.

Alla prima categoria possono ricondursi i principi generali del diritto internazionale, alla seconda i trattati internazionali in materia di diritti umani differenziandosi a loro volta quelli di cui è parte l’Unione da quelli di cui sono parti tutti gli Stati membri.

Con riferimento a questa ultima categoria se si intendesse tale dizione quale *a contrario* permissiva di limitazioni all’interpretazione dei diritti riconosciuti dalla Carta da parte dei trattati ratificati solo da alcuni Stati membri, si arriverebbe ad un risultato paradossale e inaccettabile dal momento che lo scopo precipuo della Carta è proprio quello di promuovere una migliore protezione dei diritti fondamentali in Europa²⁷.

²⁴ Così B. DE WITTE, *Sub Article 53*, cit., p. 1525.

²⁵ Come avvenuto nei casi *Laval* e *Viking* dove oltretutto la Corte ha sostenuto la restrizione delle libertà del mercato comune a favore di principi generali dell’Unione europea.

²⁶ Così B. DE WITTE, *Sub Article 53*, cit., p. 1526.

²⁷ Così nel Preambolo della Carta dove si esplicita la funzione di promozione e di visibilità dei diritti che la Carta si propone di avere. Prima dell’adozione della Carta, rimarcava il “lack of

Per questo ci si è chiesti se non fosse piuttosto opportuno privilegiare un'interpretazione in grado di racchiudere tutti i trattati internazionali in materia di diritti fondamentali di cui l'Unione stessa o gli Stati membri siano parti.

Vi è poi il riferimento espresso alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Come affermato anche nelle *Spiegazioni* annesse alla Carta, la scelta di richiamare espressamente la CEDU dipende dalla preminenza e dalla importanza rivestita dalla Convenzione in ambito europeo e nel campo dei diritti umani²⁸.

Inoltre, lo stretto rapporto che lega la Carta e la Convenzione è già compiutamente disciplinato dall'art. 52, par. 3 della Carta dove si afferma che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

Infine vi è il riferimento alle “Costituzioni degli Stati membri”. Qui la questione interpretativa presenta diversi profili di problematicità.

Qualora infatti la divergenza di tutele avvenga in un ambito di stretta competenza statale la formula “nel rispettivo ambito di applicazione” consente di affermare che il diritto applicabile sarà quello nazionale senza alcuna possibilità di interferenza da parte del livello europeo: «the Article 53 of the Charter simply confirms the evident rule that national constitutional rights will fully apply to such cases, notwithstanding any divergent formulation of those rights in the Charter»²⁹.

L'articolo potrebbe invece esprimere il suo potenziale funzionale nei molti casi nei quali ci si trovi in presenza di situazioni giuridiche rientranti tanto nell'ambito di applicazione della Carta quanto in quello del diritto nazionale applicativo.

visibility” dei diritti fondamentali in Europa B. DE WITTE, *The past and the future role of the ECJ in the protection of human rights*, in ALSTON P. (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 1999, p. 885.

²⁸Cfr. P. LEMMENS, *The relation between the Charter and the ECHR in Maastricht journal of European and Comparative Law*, vol. 8 n. 1, 2001, p. 55, il quale afferma che: «according to the explanations of the Charter, an explicit mention is made of the convention in art. 53 'owing to its importance'. The importance of the convention does not suffice, however, to refer to it in a way that contradicts the status given to the convention in art. 52.3».

²⁹ Così B. DE WITTE, *Sub Article 53*, cit., p. 1527.

In questi casi, qualora lo standard costituzionale nazionale offra una tutela migliore al diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta, allora l'art. 53 sembrerebbe consentire di applicare lo stesso tralasciando l'applicazione dello standard europeo.

Così, come appena interpretata, la norma sarebbe «assai preziosa ai fini interpretativi sia perché, letta *a contrario*, conferm[erebbe] la sostanza costituzionale della Carta, sia perché introdurrebbe una sorta di sussidiarietà costituzionale; per cui vale la protezione più favorevole al cittadino europeo (...) se quindi il suo diritto è meglio tutelato dalla propria Costituzione nazionale, è questa la tutela che sarà applicata»³⁰.

Ma può effettivamente sostenersi che sia questo il significato ad essa attribuito? Può una tutela maggiore assicurata a livello interno incidere sul primato del diritto dell'Unione?

Una disamina della giurisprudenza della Corte di giustizia consentirà di completare il quadro giuridico di riferimento nel quale rintracciare le risposte agli interrogativi appena posti.

2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'art. 53 CDFUE

2.1. La grande occasione: il caso *Melloni*

La giurisprudenza della Corte di giustizia, analogamente a quanto si è visto con riferimento alla giurisprudenza convenzionale sull'art. 53 CEDU, non è ampia sul punto dal momento che sono in pochi casi si trovano riferimenti all'art. 53 nella parte motiva dei provvedimenti della Corte.

Nel febbraio 2013, con due diverse pronunce assunte nello stesso giorno, la Corte ha tracciato un solco importante nel percorso interpretativo riguardante

³⁰ Così A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in AA. VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna 2001, pp. 44-45. In maniera simile cfr. A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Rivista ital. dir. pubbl. comunitario*, 2, 2005, p. 548; A. BARBERA, *Intervento*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile, Firenze 25 giugno 2001, Cedam, Padova 2002, il quale afferma che l'articolo tranquillizza chi cede alle suggestioni di un "costituzionalismo autarchico" temendo in una «regressione rispetto al catalogo italiano» (p.115).

l'art. 53 definendo in parte il ruolo della norma all'interno dell'ordinamento giuridico europeo.

La prima sentenza, c.d. caso *Melloni*, si pone quale ultimo tassello di una contorta vicenda³¹ che ha coinvolto a più riprese la Corte di giustizia ma anche il Tribunale costituzionale spagnolo e, infine, il legislatore italiano che ha riformato l'istituto della contumacia nel processo penale³²: *casus belli* e oggetto della pronuncia europea³³.

Il caso riguardava un cittadino italiano, Stefano Melloni, arrestato in Spagna a seguito dell'emissione da parte delle autorità italiane di un mandato di arresto europeo (d'ora in avanti MAE)³⁴.

Il procedimento penale in Italia a carico del Sig. Melloni era iniziato *in absentia* il 27 marzo 1997 e il giudice italiano aveva disposto che ogni comunicazione dovesse essere notificata all'avvocato del Sig. Melloni nominato d'ufficio nel corso del procedimento. Il giudice di primo grado condannava in contumacia il Sig. Melloni a dieci anni di reclusione per bancarotta fraudolenta. Tale decisione era confermata dalla Corte d'Appello e, infine, il 7 giugno 2004, la Corte Suprema di Cassazione respingeva ricorso presentato dai difensori di Melloni così rendendo la condanna definitiva e irrevocabile.

³¹ CGUE, 26 febbraio 2013, C.399/11, *Melloni*, decisa su rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale, adito con recurso de amparo 6922/2008 e seguita dalla sentenza del Tribunale costituzionale del 13 febbraio 2014.

³² Cfr. Legge n. 67 del 2014

³³ Tale intricato intreccio di pronunce del giudice nazionale ed europeo ha spinto a ribattezzare la vicenda quale "saga" V. FAGGIANI, *La sentenza del TC sul caso Melloni: esempio del dialogo giudiziario europeo o di un monologo?*, in *forumcostituzionale.it*, 2015.

³⁴ Introdotta, nell'ambito delle politiche sulla Spazio di Libertà Sicurezza e Giustizia (ex GAI), dalla Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002 e modificata – proprio in punto di giudizio contumaciale dalla Decisione quadro del Consiglio dell'Unione 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che rafforza i diritti processuali delle persone e promuove l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo. In Italia il MAE è stato attuato con la legge n. 69/2005. Per le opere monografiche sul tema si v., *ex plurimis*, G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Giappichelli, Torino 2012; A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, ESI, Napoli 2010; E. ZANETTI, *Il mandato di arresto europeo e la giurisprudenza italiana*, Giuffrè, Milano 2009. Per un commento sulla legge nazionale di attuazione del MAE, G. PECORELLA, F. DE MATTEIS, *Leggi di recepimento del mandato d'arresto europeo da parte dei 27 paesi UE: commentate con la giurisprudenza delle Corti italiane*, Giuffrè, Milano 2008; P. BALBO, *Il mandato di arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana: commento delle Decisioni quadro europee 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo e 2005/214/GAI sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie*, Giappichelli, Torino 2005.

Le autorità italiane emettevano, dunque, un MAE per l'esecuzione della pena nei confronti di Melloni. Le autorità spagnole arrestavano Melloni il quale proponeva un *recurso de amparo* davanti al Tribunale costituzionale spagnolo sostenendo che la consegna all'Italia avrebbe comportato la violazione dei suoi diritti riconosciuti dalla Costituzione spagnola, poiché secondo la legge italiana sarebbe stato impossibile per il condannato proporre alcun ricorso avverso la condanna pur se pronunciata *in absentia*.

La Corte costituzionale spagnola ha sostenuto che l'estradizione di una persona dalla Spagna in un paese dove la stessa non avrebbe il diritto di ricorso contro una decisione di condanna in contumacia, contrasterebbe con l'interpretazione che il Tribunale costituzionale spagnolo ha dato al diritto all'equo processo garantito dall'art. 24, comma 2, della Costituzione spagnola. Alla luce di questo, la Corte spagnola proponeva rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia³⁵.

La domanda di rinvio pregiudiziale proposta al giudice europeo si snodava, infatti, su tre quesiti concatenati: una questione interpretativa riguardante la sussistenza o meno di un impedimento, ai sensi della decisione quadro sul MAE, per le autorità giudiziarie nazionali di subordinare la consegna di una persona condannata alla condizione che lo Stato richiedente garantisca in ogni caso la possibilità di una revisione del processo; una seconda questione di validità, subordinata alla risposta affermativa al primo quesito, sulla compatibilità della suddetta decisione quadro con i diritti al processo equo e alla difesa giurisdizionale garantiti dagli articoli 47 e 48 CDFUE; infine, una terza questione avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 53 CDFUE.

Per quanto ai nostri fini rileva è la terza questione a dover essere presa ad esame approfonditamente.

Il Tribunale costituzionale si interroga sulla possibilità che l'art. 53 consenta agli Stati membri di rifiutare l'esecuzione di un mandato di arresto

³⁵ Ordinanza di rinvio del Tribunale costituzionale, ATC 86/2011, del 9 giugno 2011, con voto particular di Pérez Tremps sulla quale si v. A. TORRES PÉREZ, *Spanish Constitutional Court, Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door*, *Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011*, in *European Constitutional Law Review*, Vol 8, 1, 2012, pp. 105-127; A. AGUILAR CALAHORRO, *La primera cuestión prejudicial planteada por el tribunal constitucional al tribunal de justicia de la unión europea – auto del tc 86/2011, de 9 de junio*, <http://www.ugr.es/>.

europeo emesso nei confronti di un condannato contumace nel caso in cui lo Stato richiedente non garantisca in ogni caso la riapertura del processo, e consenta così allo Stato membro di assicurare ai diritti di cui ai citati artt. 47 e 48 CDFUE un livello di protezione più elevato nell'ordinamento interno rispetto a quello assicurato a livello europeo.

È dunque chiaro che con la presente questione, la Corte viene invitata a precisare il contenuto e la portata giuridica da riconoscere all'art. 53 della Carta.

Il Tribunale costituzionale spagnolo prospetta tre possibili interpretazioni dell'art. 53 CDFUE.

Una prima interpretazione assume l'art. 53 quale clausola che prevede un livello minimo di protezione, ovvero una clausola orizzontale propria – come si è visto – degli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo: la Carta garantirebbe uno standard minimo, lasciando gli Stati membri liberi di applicare lo standard di protezione più alto derivante dalle loro Costituzioni ed evitando allo stesso tempo una riduzione del livello di protezione dei diritti fondamentali.

Necessaria conseguenza di ciò è, secondo il giudice spagnolo, la possibilità per uno Stato membro di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso in esecuzione di una decisione pronunciata *in absentia* se ricorrano delle condizioni tali da comportare la potenziale violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla sua Costituzione, e questo senza che il grado di protezione più elevato vigente in quello Stato membro debba necessariamente essere esteso agli altri Stati.

Per questa via si potrebbe ritenere che nei casi in cui la Corte non reputasse necessario che il diritto dell'Unione accordi a un diritto fondamentale una protezione più ampia rispetto allo standard stabilito dalla CEDU, l'articolo 53 della Carta permetterebbe al singolo Stato membro di garantire a tale diritto fondamentale un livello superiore di protezione applicando la sua Costituzione.

Secondo una diversa prospettiva, invece, la funzione dell'art. 53 sarebbe quella di delimitare gli ambiti di applicazione della Carta e delle Costituzioni degli Stati membri, ricordando che, analogamente all'articolo 51 della suddetta Carta, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione il grado di protezione dei diritti fondamentali che deve essere applicato è quello desumibile dalla Carta e, parallelamente, al di fuori del campo di applicazione del diritto dell'Unione, non

sarebbe impedita l'applicazione dello standard di protezione dei diritti fondamentali previsti nelle Costituzioni nazionali.

Questa lettura ha l'immediato risultato di assicurare un'uniforme applicazione del diritto europeo non compromettendo il principio del primato, dall'altro lato però «priva[...] il suddetto articolo di un contenuto normativo proprio, con l'effetto che esso diventerebbe ridondante rispetto all'articolo 51 della Carta e (...) di riconoscere che la Carta può determinare, negli Stati membri, una riduzione del livello di protezione dei diritti fondamentali derivanti dalle loro norme costituzionali»³⁶.

Infine, il *Tribunal Constitucional* offre una terza via, in grado di racchiudere entrambe le interpretazioni fornite da applicare alternativamente a seconda del problema concreto di protezione dei diritti fondamentali in esame e del contesto nel quale va valutato il livello di protezione che deve prevalere.

Nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale (d'ora in avanti A. G.) Bot prende una posizione molto netta sulla possibilità di intendere l'art. 53 come un'eccezione al principio del primato del diritto dell'Unione³⁷ premettendo una serie di precisazioni interpretative.

Secondo l'A.G. l'art. 53 deve essere letto in stretta combinazione con gli artt. 51 e 52 della Carta. L'art. 53, infatti, integra tali disposizioni e ha lo scopo di assicurare che, in un sistema di pluralità di fonti, la Carta non sia destinata a diventare lo strumento esclusivo di protezione dei diritti e, allo stesso tempo, che la stessa CDFUE non può avere per effetto, quello di pregiudicare o ridurre il livello di protezione che risulta da tali differenti fonti nei loro rispettivi campi di applicazione³⁸. Dunque la disposizione è preposta a chiarire che la Carta impone un livello di protezione dei diritti fondamentali solo all'interno del campo di applicazione del diritto dell'Unione. Pertanto, come sottolineato dall'A.G. Bot, la Carta non può portare ad una situazione in cui gli Stati membri hanno l'obbligo di

³⁶ Conclusioni A.G. Bot, *cit.*, punto 93. V. in particolare sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70, punto 3); del 2 luglio 1996, *Commissione/Lussemburgo* (C-473/93, , punto 38), e dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten* (C-409/06, punto 61).

³⁷ Per un commento si v. A. RUGGERI, *Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione (noterelle a margine delle Conclusioni dell'avv. gen. Y. Bot su una questione d'interpretazione sollevata dal tribunale costituzionale spagnolo)*, in *www.diritticomparati.it*, 5 ottobre 2012.

³⁸ Conclusioni A.G. Bot, *cit.*, punto 131.

diminuire il livello di protezione dei diritti fondamentali garantiti dalle loro costituzioni nazionali nei casi che non rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. E, parallelamente, l'art. 53 della Carta non deve essere usato come strumento in grado di consentire agli Stati membri di ridurre il livello di protezione nelle questioni puramente interne.

Infine, come si anticipava, l'Avvocato Bot afferma che l'art. 53 non può pregiudicare il primato del diritto europeo quando la valutazione del livello di protezione dei diritti fondamentali da garantire è compiuta nel quadro dell'attuazione del diritto dell'Unione³⁹.

Lo stesso sostiene che «l'articolo 53 della Carta non può essere letto come una clausola volta a disciplinare un conflitto tra, da un lato, una norma di diritto derivato che, interpretata alla luce della Carta, fisserebbe un determinato standard di protezione di un diritto fondamentale e, dall'altro, una norma tratta da una Costituzione nazionale che prevedrebbe un livello di protezione più elevato per lo stesso diritto fondamentale. In una simile fattispecie, il suddetto articolo non ha né per oggetto né per effetto di accordare priorità alla norma più tutelante tratta da una Costituzione nazionale». Ammettere il contrario, secondo l'A.G., si porrebbe in contrasto con la costante giurisprudenza della Corte in materia di primato del diritto dell'Unione⁴⁰ e, nel caso di specie, avrebbe l'effetto di consentire agli Stati membri di rifiutarsi dal consegnare in caso di sentenze rese in contumacia.

Pur non negandosi che l'interpretazione dei diritti tutelati dalla Carta debba tendere verso un livello elevato di protezione, si precisa che deve trattarsi di un livello di protezione «consono al diritto dell'Unione»⁴¹.

Di conseguenza sebbene l'obiettivo sia quello di promuovere un elevato livello di tutela, la specificità del diritto dell'Unione implica che il livello di protezione derivante dall'interpretazione di una Costituzione nazionale non possa opporsi in sede di applicazione del diritto dell'Unione né tantomeno essere automaticamente trasposto a livello di Unione.

³⁹ Conclusioni A.G. Bot, *cit.*, punto 135.

⁴⁰ Cfr. CGUE sentenze 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*; 2 luglio 1996, *Commissione/Lussemburgo*, 8 settembre 2010, *Winner Wetten*.

⁴¹ Conclusioni A.G. Bot, *cit.*, punto 106

D'altra parte anche la posizione assunta dalla Corte, nella decisione del 26 febbraio 2013, respinge l'interpretazione del Tribunale costituzionale dell'art. 53 in base alla quale si voleva consentire il rifiuto di adempiere ad un MAE a fronte di un livello di tutela maggiore assicurato dalla Spagna rispetto allo Stato richiedente. Tale interpretazione, secondo la Corte, minerebbe il principio del primato del diritto comunitario caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico europeo. La Corte fa riferimento alla giurisprudenza consolidata in *Internationale Handelsgesellschaft* e *Winner Wetten* dove si afferma che l'applicazione di norme nazionali, anche di rango costituzionale, non può minare l'efficacia del diritto comunitario sul territorio di tale Stato⁴².

Al punto 60 del provvedimento, poi, si riconosce che ai sensi dell'articolo 53 della Carta gli Stati membri sono liberi di applicare norme nazionali di tutela dei diritti fondamentali quando attuano il diritto dell'Unione europea a condizione che il livello di protezione previsto dalla Carta, come interpretato dalla Corte, e il primato, l'unità e l'efficacia del diritto comunitario non siano compromessi.

La Corte chiarisce poi che l'adozione della decisione quadro 2009/299, di modifica della prima decisione quadro del 2002, mirava ad armonizzare le condizioni per l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo nell'ordinamento giuridico europeo nel caso di condanna pronunciata in contumacia e che questa armonizzazione è stata il risultato di un consenso raggiunto da tutti gli Stati membri per quanto riguarda la portata che dovrebbe essere data ai diritti processuali delle persone soggette ad un mandato d'arresto europeo se condannate in contumacia.

La conclusione adottata della Corte in Melloni riafferma che nei settori di competenza del diritto dell'UE in cui vi è una piena armonizzazione, l'articolo 53 della Carta non offre la possibilità per gli Stati membri di applicare le loro norme nazionali di tutela dei diritti fondamentali. Ma, al contrario, in situazioni non pienamente rientranti nell'ambito di competenza del diritto comunitario gli Stati membri sono liberi di applicare norme nazionali, fino a quando il livello di

⁴² Per i dettagli sulle pronunce v. *supra*. Cfr. in particolare il punto 3 della sentenza *Internationale* dove si afferma «il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato».

protezione prevista dalla Carta e il primato, l'unità e l'efficacia della UE legge non siano compromessi. Ipotesi che si verifica proprio nel caso *Akerberg*, di cui si dirà a breve.

Nel caso *Melloni*, dunque, ci si troverebbe di fronte ad un contesto normativo di piena armonizzazione, pertanto l'opposizione all'esecuzione del MAE a fronte di un diverso (e maggiore) livello di tutela assicurato dalla normativa statale, sebbene di rango costituzionale, non può impedire l'operatività del diritto europeo, pena la compromissione del principio del primato⁴³.

La "saga" *Melloni* si conclude con la sentenza con la quale il Tribunale costituzionale spagnolo ha deciso il *recurso de amparo* proposto dal sig. Melloni⁴⁴,

In tale pronuncia il giudice spagnolo respinge il ricorso alla luce della lettura fornita dalla Corte di giustizia, procede con reticenza a modificare la propria posizione in ordine alle garanzie che assistono l'equo processo ai sensi dell'art. 24 della Costituzione spagnola dal momento che questo nuovo standard di tutela sebbene conforme ai parametri europei e alla risposta della Corte di giustizia nel caso *Melloni*, è inferiore rispetto a quello garantito fino a quel momento nel sistema spagnolo.

Vi è il voto *particular concorrente* del giudice A. Asua Batarrita che mal cela una «implicita resistenza [...] una certa mancanza di fiducia nei confronti del "primato incondizionato" del diritto dell'UE, che in alcune occasioni potrebbe arrivare a pregiudicare le strutture fondamentali politiche e costituzionali degli Stati membri»⁴⁵ fino al punto di paventare l'applicazione dei controlimiti.

⁴³ Sul punto si v., tra gli altri G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 maggio 2013, pp. 10 ss.; A. DI MARTINO, *Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*, in *www.diritticomparati.it*, 30 marzo 2013; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali. Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 luglio 2013, pp. 11 ss.

⁴⁴ Tribunal constitucional sentenza n. 26/2014, del 13 febbraio 2014.

⁴⁵ Così V. FAGGIANI, *cit.*, p. 1 s.

2.2. Una diversa prospettiva: il caso *Åkerberg Fransson*

Come si accennava, nello stesso giorno, la Corte ha emesso anche la sentenza riferita al caso *Åkerberg Fransson*⁴⁶.

Oggetto principale di questa decisione è l'articolo 51 della Carta⁴⁷ al quale la Corte ha fornito una interpretazione, in linea con la costante giurisprudenza⁴⁸, secondo la quale «i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse. A tal proposito la Corte ha già ricordato che essa, per quanto riguarda la Carta, non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell'ambito del diritto dell'Unione. Per contro, una volta che una siffatta normativa rientra nell'ambito di applicazione di tale diritto, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto»⁴⁹.

In relazione all'articolo 53 della Carta, invece, la Corte ribadisce l'interpretazione che ha dato alla norma nel giudizio Melloni.

Il sig. *Åkerberg Fransson* era stato accusato dall'amministrazione fiscale svedese di non aver ottemperato, attraverso dichiarazioni incomplete, all'obbligo di versamento dell'IVA e di mancato pagamento dei contributi sociali dei datori di lavoro per gli esercizi fiscali 2004 e 2005. Sulla scorta di tali circostanze, accertate dai tribunali amministrativi svedesi, era stato destinatario di sanzioni amministrative. Sulla base degli stessi fatti, però, nei confronti del sig. *Åkerberg* si

⁴⁶ Cfr. CGUE Caso C-617/10, *Åkerberg Fransson* [2013]

⁴⁷ L'art. 51 della Carta, rubricato "Ambito di applicazione", recita: «1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze. 2. La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, non modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati».

⁴⁸ È la Corte stessa a richiamare i precedenti: sentenze del 18 giugno 1991, ERT, C-260/89, punto 42; del 29 maggio 1997, Kremzow, C-299/95, punto 15; del 18 dicembre 1997, Annibaldi, C-309/96, punto 13; del 22 ottobre 2002, Roquette Frères, C-94/00, punto 25; del 18 dicembre 2008, Sopropé, C-349/07, punto 34; del 15 novembre 2011, Dereci e a., C-256/11, punto 72, nonché del 7 giugno 2012, Vinkov, C-27/11, punto 58.

⁴⁹ Cfr. sent. *Åkerberg*, punto 19.

era aperto un procedimento penale. Tale circostanza, sosteneva l'istante, avrebbe comportato una violazione del principio del *ne bis in idem* garantito dell'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU e dell'articolo 50 della Carta.

La Corte di giustizia, in risposta al rinvio pregiudiziale proposto dalla *Haparanda tingsrätt*, sottolinea prioritariamente come gli Stati membri abbiano il compito di proteggere gli interessi finanziari dell'Unione e di adottare ogni misura ritenuta essenziale per garantire la riscossione dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) contrastando il fenomeno dell'evasione fiscale. Gli Stati membri, però, sono liberi di determinare il modo di attuare questo compito e la natura delle misure che devono adottare per rispettare l'obbligo loro imposto dal diritto dell'Unione.

Si tratta dunque di un settore del diritto europeo non pienamente armonizzato, dove allo Stato membro viene lasciata la possibilità di stabilire i mezzi e gli strumenti ritenuti più opportuni. Il legislatore svedese ha ritenuto che, in caso di evasioni di questo tipo, l'imposizione di sanzioni fiscali amministrative e il concomitante avvio di un procedimento penale per evasione fiscale siano le misure necessarie per conformarsi agli obblighi europei.

La Corte, poi, fa un espresso richiamo alla sentenza *Melloni* statuendo che nei casi in cui le azioni degli Stati membri non siano pienamente rimesse alla competenza del diritto europeo, i giudici nazionali sono liberi di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, purché il livello di protezione garantito dalla Carta e il primato, l'unità e l'efficacia del diritto europeo non siano compromessi⁵⁰.

Per questo, conclude la Corte spetta al giudice del rinvio valutare se, alla luce di tali criteri, occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali «circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale

⁵⁰ Cfr. sent. *Akerberg*, punto 29 «quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione (v., per quest'ultimo aspetto, sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 60)»

cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive»⁵¹.

2.3. Il canone della massimizzazione alla luce della giurisprudenza della CGUE

Ebbene, non si può non rilevare che le pronunce appena richiamate abbiano segnato una presa di posizione della Corte di giustizia in ordine alla c.d. massimizzazione dei diritti fondamentali e alla possibilità di dialogo e di interazione tra i giudici nazionali e il giudice europeo.

La Corte, messa di fronte alla necessità di stabilire come interpretare e applicare il dettato dell'art. 53 Carta, ha avuto la premura di salvaguardare prima di tutto il principio del primato del diritto dell'Unione, lasciando all'art. 53 un ambito di operatività particolarmente angusto.

D'altra parte, però, non vi è chi non abbia scorto nelle stesse pronunce spazi potenzialmente lasciati a futuri interventi e, dunque, elementi di apertura e sviluppo del dialogo intergiurisdizionale.

Cominciando con l'esaminare i profili di perplessità che si rinvengono nell'interpretazione offerta dalla Corte alla funzione dell'art. 53, si può rilevare quanto segue.

Il caso Melloni può essere ritenuto una occasione mancata sul versante del dialogo tra Corti nel sistema multilivello⁵².

⁵¹ Cfr. sent. *Akerberg*, punto 36.

⁵² Tra le posizioni più critiche, nella dottrina italiana R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (europeo)*. *A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in *diritticomparati.it*, 5 aprile 2013 il quale poi rilegge la sentenza in una chiave interpretativa più aperta e possibilista *contra*, in punto di merito della questione, L. RIZZA, *Il caso Melloni: la Corte di giustizia risponde con il primato dell'Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali*. *Riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese a seguito di procedimenti in absentia*, in *Università di Catania - Online Working Paper*, 53, 2013; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni)*, in *www.diritticomparati.it*, 2 aprile 2013; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2013, pp. 399-408; T. E. EPIDENDIO, *Il caso Melloni: il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2013, pp. 451-453; F. VECCHIO, *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2013, pp. 454-456. Per la dottrina europea L. F.M. BESSELINK, *The parameters of constitutional conflict after Melloni*, *European Law Review*, Agosto 2014, 3, pp. 531-552; D. SARMIENTO RAMÍREZ, *Who's afraid of*

La Corte, infatti, anche di fronte alla “miglior” tutela dei diritti fondamentali proposta dal livello statale ha preferito mettere al primo posto l'intangibilità dell'unità, del primato e dell'uniforme applicazione del diritto comunitario.

Due i maggiori rimpianti in punto di tutela dei diritti fondamentali.

Da un lato, il punto 60 della sentenza sembrerebbe non lasciare dubbi sulla posizione assunta dalla Corte rispetto a quelle ricostruzioni dottrinarie che propugnano «una sempre più marcata ricerca del dialogo aperto, alla pari, fra Carte e Corti, tutto spostato ed orientato sui diritti fondamentali, sulla loro protezione massima e, in definitiva, sul primato non di un sistema sull'altro, ma dell'uomo e della sua dignità»⁵³.

Secondo questa posizione, infatti, si sono “irrigiditi” gli ambiti di tutela interni, dal momento che la loro operatività è subordinata alla compatibilità con lo standard previsto dalla Carta dei diritti fondamentali.

Altro elemento di criticità è la negata possibilità di procedere ad un bilanciamento fra valori UE e valori costituzionali. La Corte, infatti, poteva sfruttare l'occasione del rinvio pregiudiziale per inserire quell'elemento di bilanciamento da tempo reclamato dalla dottrina.

Per intendere fino in fondo quanto appena affermato occorre richiamare gli elementi per i quali, tra le varie possibili ricostruzioni interpretative, si era scorto nella sistematica post-Lisbona la possibilità di un ruolo di “sintesi costituzionale” da attribuirsi proprio alla Corte di giustizia.

Con il Trattato di Lisbona, infatti, sembrava essersi messa da parte l'affermazione solenne della *primauté* del diritto comunitario⁵⁴, ora previsto nella Dichiarazione n. 17 avente senza dubbio forte valore politico ma non lo stesso

the Charter?. The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe, in *CMLR*, n. 5/2013, pp. 1267-1304; A. TINSLEY, *Note on the Reference in Case C-399/11 Melloni*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1/2012, pp. 19-30; N. DE BOER, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni - Case C-399/11, Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2013*, in *Common Market Law Review*, n. 4/2013, pp. 1083-1103.

⁵³ R. CONTI, *ult. cit.*

⁵⁴A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1309 ss.

valore giuridico dei Trattati⁵⁵, mentre si è confermato e ampliato l'ossequio alle identità nazionali da parte dell'Unione.

Con l'art. 4, par. 2 TUE, infatti, si sancisce per la prima volta esplicitamente il principio di eguaglianza degli Stati membri⁵⁶, e si richiama la c.d. clausola sul rispetto delle identità nazionali, già introdotta dal Trattato di Maastricht ma arricchita oggi di una diversa lettura.

La versione originale della clausola era contenuta nell'art. 6 TUE pre-Lisbona ed era strettamente connessa alla garanzia dei diritti fondamentali.

La nuova collocazione e la formula più ampia hanno portato a valutare la clausola, nella versione odierna, non solo come garanzia dei diritti fondamentali e come tutela del pluralismo di cui si caratterizza l'ordinamento europeo⁵⁷ ma anche come argine all'incessante espansione delle competenze dell'Unione⁵⁸.

Intendere le identità nazionali quali «scelte di valore espresse dalle Costituzioni nazionali»⁵⁹ porta a ritenere in qualche modo compiuta l'«europeizzazione» dei controlimiti nazionali e dunque la possibilità di interpretare diversamente l'istituto per come nato nella giurisprudenza delle Corti costituzionali al fine di preservare un nucleo essenziale di principi e diritti fondamentali sui quali si assumeva fondarsi l'identità costituzionale nazionale⁶⁰.

⁵⁵ Il principio della primazia è stato «derubricato», in quanto scompare dal testo del Trattato e viene relegato alla Dichiarazione n. 17. Cfr. A. CELOTTO, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in A. LUCARELLI - A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009; ID., *Primauté e controlimiti nel Trattato di Lisbona*, in A. CELOTTO, *Scritti sul processo costituente europeo*, Napoli, 2009, pp. 84 ss.

⁵⁶ V. M. CARTABIA, *Commento all'art. 4, par. 2 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano 2014 p. 23.

⁵⁷ Così era interpretata la clausola nella versione originaria. Cfr. M. CARTABIA, op. ult. cit., p. 24 la quale sottolinea come solitamente l'identità di un ordinamento giuridico è basata sui valori fondamentali dello stesso e che avendo l'ordinamento giuridico europeo una natura composita, non può che fondare i propri valori sulle identità dei singoli Stati membri. Sull'argomento si v., anche *infra* Cap IV par. 3.

⁵⁸ L'esigenza di proteggere il nucleo centrale di funzioni Statali è stata avvertita in sede di Convenzione durante i lavori preparatori del Trattato costituzionale. Cfr. B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012.

⁵⁹ Cfr., sebbene riferito al precedente art. I-5 Tr. Cost., M. CARTABIA, *“Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in G. MORBIDELLI- F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino, 2006, p. 195.

⁶⁰ L'espressione, coniata da P. Barile agli inizi degli anni settanta, indica i principi supremi e i diritti inalienabili della persona umana i quali non possono essere violati neppure dal diritto comunitario nonostante le limitazioni di sovranità riconosciute *ex art. 11 Cost.*

I controlimiti, difatti, originariamente posti quale limite esterno al processo di integrazione⁶¹, potrebbero diventare “interni” al sistema sovranazionale grazie alla clausola di cui all’art. 4 par. 2 TUE e all’art. 53 della Carta.

Il combinato tra questi due articoli potrebbe costituire il punto nodale del processo di integrazione tra ordinamenti, su cui si tornerà diffusamente più avanti⁶².

Ebbene, se sul piano teorico l’art. 4, par. 2 TUE potrebbe aprire le strade alla valutazione del rispetto dei controlimiti da parte della stessa Corte di Giustizia, prospettandosi addirittura l’ipotesi del rinvio pregiudiziale alle Corti nazionali da parte del giudice di Lussemburgo⁶³, dal punto di vista pragmatico, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sembra non cogliere la potenzialità espansiva offerta dall’art. 4, par. 2 TUE.

Proprio sulla base delle due clausole in esame, inoltre, spetterebbe alla Corte di Lussemburgo giudicare delle eventuali violazioni dei controlimiti nazionali da parte di atti comunitari e, in maniera tutt’altro che secondaria, operare il bilanciamento con gli altri principi riconosciuti dall’Unione.

Nei casi riportati, però, la Corte non ha seguito questa impostazione. Non ha svolto questo ruolo di nomofilachia costituzionale, volta ad individuare una sintesi ed un bilanciamento, arrestando il suo giudizio alla mera riconferma della c.d. *primauté*.

In ultima analisi, la sentenza Melloni e le conclusioni dell’A. G. Bot, sembrano negare l’approccio interpretativo come ora ricostruito e propendere piuttosto «per una visione piramidale dei diritti fondamentali che vede “in testa” quelli sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali ed in coda quelli sanciti a livello

⁶¹ Così A. CELOTTO - T. GROPPI, *cit.*, p. 1377 in cui si parla di «rigurgito di orgoglio nazionale» nell’accezione più estrema della teoria.

⁶² Cfr. Cap. VI, par. 5.

⁶³ Questa possibilità è sostenuta da A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in AA. VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni, Atti del Convegno annuale del 'Gruppo di Pisa'. Capri, 3-4 giugno 2005*, Giuffrè, Milano 2006, p. 846 s. L’A. constata anche che l’ipotesi del rinvio pregiudiziale inverso è fortemente improbabile dal momento che l’istituto non è previsto dal Trattato.

interno [...] secondo una lettura dell'art. 53 che eliderebbe l'apertura a livelli più elevati di tutela ove gli stessi fossero distonici rispetto a quelli UE»⁶⁴.

Un altro elemento di problematicità che la causa *Melloni* ha sollevato è la dimostrata assenza di un serio interesse ad instaurare un dialogo costruttivo con il giudice costituzionale spagnolo da parte della Corte di giustizia⁶⁵.

A fronte di tre possibili interpretazioni dell'art. 53 fornite dalla Corte spagnola, infatti, la Corte di giustizia le respinge tutte, non cercando una mediazione con quanto proposto dal giudice spagnolo e, conseguentemente, tagliando ogni forma di dialogo.

Questo è il messaggio trasmesso dalla giurisprudenza richiamata: quando a essere in pericolo è l'applicazione diretta e uniforme del diritto europeo qualunque questione, fosse anche la tutela dei diritti, si pone in secondo piano. Ed è così che la decisione della Corte si è incentrata quasi esclusivamente sul primato, trascurando completamente il diritto costituzionale nazionale con la conseguenza di perdere l'occasione di avanzamento «of a more pluralistic era in the Court's jurisprudence»⁶⁶.

Tale circostanza ha irrigidito anche la posizione del giudice nazionale, pur in un primo momento ben disposto, che – come si è visto⁶⁷ – pur rispettando la decisione della Corte di giustizia, ha rifiutato l'interpretazione che la stessa ha dato dell'art. 53 e ha chiarito che, seppur improbabile, nel caso di una violazione della Costituzione spagnola da parte del diritto comunitario, se questo ipotetico conflitto non venisse risolto attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico europeo, il Tribunale costituzionale avrebbe il dovere di rispettare il principio di sovranità popolare e la sua espressione nella costituzione spagnola⁶⁸, così rievocando la teoria dei controlimiti.

⁶⁴ R. CONTI, *ult. cit.*, p. 5.

⁶⁵ L. F.M. BESSELINK, *cit.*, pp. 541 ss.

⁶⁶ Così N. DE BOER, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, p. 1101.

⁶⁷ Cfr. *supra* Cap. III par. 2.1.

⁶⁸ V. A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, 10, 2014, pp. 319-323 la quale afferma: «national court adopted a defensive stance and denied to engage in a dialogue with the CJEU. In its effort to present its change of heart regarding the interpretation of the right to fair trial for persons convicted in absentia, as a decision reached on its own motion, the Spanish court focuses on the national constitution and considers the

Come si è detto, però, la giurisprudenza richiamata lascia pur sempre trapelare degli elementi di apertura in una costruzione teorica del concetto di massimizzazione delle tutele.

In particolare è possibile individuare tre diversi punti. Prima di tutto, affermare che gli standard di tutela nazionali non possano compromettere quelli europei (apprestati dalla Carta dei diritti fondamentali) non esclude in radice la possibilità di innalzare la tutela rispetto ai livelli di protezione offerti dalla Carta.

In effetti, è stato sostenuto che, il riferimento al primato, all'unità ed effettività del diritto dell'Unione, sia una valvola di sicurezza tenuta in piedi dalla Corte di giustizia al pari di quanto facciano le Corti costituzionali nazionali «quando adottano dei “controlimiti” all'imperante capacità del diritto UE di condizionare i territori nazionali che, salvo qualche eccezione, rimangono tali, minacce, presidi posti a garanzia di un ordine»⁶⁹.

Così si potrebbe forse prospettare un meccanismo interpretativo in grado di assicurare un livello di tutela superiore rispetto a quello assicurato dalla Carta ma che non leda il primato dell'Unione.

Va poi considerata la valenza casistica delle cause richiamate e il merito delle questioni sulle quali la Corte si è trovata a giudicare.

Nel caso *Melloni* infatti era in gioco tanto la tutela processuale del contumace quanto il valore fondamentale del giudicato formatosi in Italia nel rispetto della legge.

Probabilmente con la sentenza esaminata la Corte intendeva affermare che l'art. 53 della Carta non possa «legittimare che una protezione costituzionale nazionale più incisiva si scontri con le esigenze sovrane di un altro Stato in materia penale»⁷⁰.

La posizione adottata dalla Corte in questo caso, sebbene criticabile per non aver tenuto nella dovuta considerazione le identità costituzionali nazionali, può forse essere riconsiderata sotto una diversa luce se si tiene in conto che l'ambito oggetto del suo giudizio era particolarmente delicato dal momento che si

preliminary ruling issued by the CJEU just an interpretation tool, thus failing to recognize the specific nature of EU law and the obligations that came with the preliminary reference».

⁶⁹ R. CONTI, *ult. cit.*, p. 6.

⁷⁰ R. CONTI, *loc. ult. cit.*

discuteva del diritto alla tutela giudiziaria effettiva e ad un giusto processo con tutte le garanzie che ne conseguono.

È per questo comprensibile che la Corte «prima di rischiare di pregiudicare il livello di protezione garantito dalla Carta dei diritti, compromettendo allo stesso tempo l'uniformità del livello di protezione dei diritti fondamentali definito dalla Decisione quadro 2009/299/JAI e la sua effettività e di mettere in pericolo i principi di lealtà e di riconoscimento reciproco, che questa intende rafforzare, abbia preferito frenare sin dal principio i possibili conflitti che si potrebbero produrre nel caso in cui lo standard di protezione dei diritti fondamentali riconosciuto nelle Costituzioni nazionali di uno Stato membro fosse più elevato di quello derivato dalla Carta dei diritti, opponendolo, quando proceda, all'applicazione delle disposizioni del diritto dell'Unione europea»⁷¹.

Per questo si può forse ritenere che, al di là dello specifico caso esaminato, non sia esclusa la possibilità che gli Stati offrano una tutela maggiore di quella garantita dalla Carta dei diritti fondamentali o dalla stessa CEDU e che la Corte di giustizia si voglia riservare il compito di mantenere l'equilibrio tra i distinti livelli di protezione dei diritti fondamentali nel contesto europeo.

Altro elemento di apertura sicuramente deducibile dalle sentenze richiamate è che la CGUE riconosce all'art. 53 la potenzialità di consentire ai giudici nazionali di applicare le norme interne di tutela dei diritti fondamentali nei settori del diritto non completamente armonizzato, come avviene nel caso *Åkerberg*. Qualora, invece, l'azione dello Stato sia interamente disciplinata dal diritto europeo i giudici nazionali non possono basarsi sulle norme nazionali di tutela, così come nel caso *Melloni*.

Questo punto di vista è condiviso da Bruno de Witte⁷² il quale sostiene che, l'interpretazione offerta dalla Corte non priva di ogni significato l'art. 53 CDFUE ma anzi ne individua espressamente l'area di operatività confermando che la protezione nazionale dei diritti fondamentali non è assorbita da quella

⁷¹ V. FAGGIANI, *Verso la definizione di uno «standard comune» di protezione del diritto ad un processo equo. (Gli effetti della «sentenza Melloni» nello spazio europeo di giustizia penale)*, in *Federalismi.it*, 19, 2014, p. 13.

⁷² DE WITTE B., *Article 53 – Level of Protection*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER AND A. WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Hart, Oxford 2014, p. 1533.

prevista dalla Carta ma che può coesistere con la tutela europea e integrarla, fintanto che non interferisca con l'effettiva applicazione del diritto dell'Unione.

In altre parole, ogni volta che il diritto dell'Unione conferisce un certo grado di discrezionalità agli Stati membri nell'attuazione del diritto europeo, cosa che accade abbastanza spesso secondo De Witte, lo Stato membro può applicare le norme nazionali.

Si è esattamente sottolineato⁷³ che perché gli Stati membri possano fare affidamento sul livello nazionale di tutela dei diritti fondamentali occorre la sussistenza cumulativa di due condizioni.

In primo luogo, il livello di protezione previsto dalla Carta non può essere violato. Questo comporta che i giudici nazionali possano contare solo su disposizioni di diritto nazionale che assicurino un livello di protezione più elevato rispetto della Carta. Il secondo luogo, il primato, l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione non devono essere compromessi.

Al ricorrere di questi due presupposti, dunque, l'art. 53 della Carta ben può esplicare i suoi effetti consentendo l'applicazione della norma che assicuri la "massima tutela".

Vi è poi da considerare che nella giurisprudenza successiva vi è stato un, seppur timido, moto di ripensamento in ordine al rapporto tra ordinamenti nazionali e ordinamento dell'Unione.

Nel caso *Melki*⁷⁴, infatti, la CGUE chiamata a pronunciarsi sulla legittimità comunitaria delle norme della legge organica francese che prevedevano l'assoluta priorità del controllo di costituzionalità, ribadisce la consolidata giurisprudenza sul primato del diritto dell'Unione ma afferma anche che l'art. 267 TFUE non impedisce che una norma nazionale comporti l'obbligo per il giudice nazionale di adire previamente la Corte costituzionale interna, purché gli altri giudici nazionali restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione

⁷³ GROUSSOT, X. e OLSON, I., *Clarifying or Diluting the Application of the EU Charter of Fundamental Rights? - The Judgments in Åkerberg and Melloni*, LSEU, II, 2013, p. 25.

⁷⁴ CDGUE sentenza del 22 giugno 2010 cause riunite *Aziz Melki* (C-188/10) e *Sélim Abdeli* (C-189/10).

pregiudiziale che essi ritengano necessaria. Gli stessi, inoltre, devono essere liberi di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione⁷⁵.

In conclusione alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia non può dirsi che il canone della massimizzazione sia totalmente privo di applicabilità pratica.

Infatti, pur non potendosi non considerare la posizione netta assunta dalla Corte nel caso di materia per la quale vi sia già stata un'opera di armonizzazione in campo europeo bisogna però valutare l'atteggiamento della Corte che, consapevole della rilevanza del caso concreto da risolvere, ha adottato una posizione prudente volta purtuttavia a non escludere in radice la possibilità di sviluppi futuri.

3. Similitudini e differenze delle due norme e diverso ruolo delle Corti.

Esaminato il dettaglio delle due norme da cui prende le mosse, insieme con la teorica italiana della “massima espansione”, la nostra ipotesi ricostruttiva, occorre trarre le fila di quanto detto al fine di poter esattamente individuare il perimetro entro il quale poter testare ed eventualmente applicare il canone oggetto della presente ricerca.

Ebbene, seppure il tenore letterale delle due norme sia indiscutibilmente simile, prima di poter eventualmente arrivare ad affermare che vi sia una coincidenza di funzioni tra i due precetti, è opportuno fare delle distinzioni e delle precisazioni.

⁷⁵ Cfr. FABBRINI F., *La guerre des juges franco-europea (Atto IV e Epilogo)*, *diritticomparati.it*, 2 settembre 2010; LAZZERINI N., *Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2010 nelle cause riunite Aziz Melki e Sélim Abdeli*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2010, n. 3; ALEMANNI A., *Un 'dietro le quinte' alla tragicommedia Melki: guerra o dialogo tra giudici?*, in *diritticomparati.it*, 13 settembre 2010; DONDI S., *Sulla "legittimità comunitaria" del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: quando il legislatore è guardato a vista*, in *Quad. cost.*, 4, 2010, p. 843 ss.

La mancata sovrapposibilità tra le due norme, infatti, apre un'ulteriore fase della ricerca nella quale, circoscritto l'ambito di lavoro, si tenterà di dare risposta ai quesiti iniziali⁷⁶.

Dal punto di vista meramente testuale, nell'estensione degli ambiti normativi di riferimento (diritto dell'unione, diritto internazionale, convenzioni internazionali ed in particolare nella CEDU le costituzioni degli Stati membri), l'art. 53 CEDU fa menzione in maniera più ampia delle leggi di ogni Parte contraente mentre l'art. 53 CDFUE si limita alle sole Costituzioni degli Stati membri. Viceversa, mentre la Carta si riferisce più genericamente al "diritto internazionale", la CEDU usa il più limitato termine di "accordi" (escludendo apparentemente il diritto internazionale consuetudinario).

Inoltre, nella Carta si è scelto l'imperativo "deve" (mentre nell'art. 53 CEDU è stato usato il più *soft* tempo condizionale - "può"-) quasi a voler sottolineare la diversa pregnanza del vincolo gravante sull'interprete nella individuazione del termine di paragone⁷⁷.

Non è solo il piano formale a mettere in luce divergenze tra le due norme quanto piuttosto l'indagine teleologica. Anche alla luce dei lavori preparatori, infatti, si possono individuare due diversi obiettivi: con l'art. 53 CEDU si intende garantire, all'interno del sistema del Consiglio d'Europa, un nucleo minimo ed inderogabile di diritti da parte di tutti gli Stati contraenti; la previsione contenuta nell'art. 53 CDFUE, invece, si inserisce nella «visione pluralistica della tutela dei diritti fondamentali e intende conservare tale pluralismo, facendo sopravvivere diversi standard di tutela»⁷⁸.

Tale divergenza funzionale è determinata da una serie di fattori⁷⁹.

⁷⁶ V. *supra* Premessa. Oggetto e metodologia della ricerca

⁷⁷ Sul punto si v. J. BERING LIISBERG, *cit.*, p. 22 il quale opera un ampio confronto esteso anche ad altri testi internazionali.

⁷⁸ CRIVELLI E., *cit.*, p. 778; così anche Cartabia M., *Art. 53*, *cit.*, p. 362 la quale afferma che l'art. 53 della Carta «produce l'effetto di salvaguardare il pluralismo nella tutela dei diritti fondamentali in Europa, lasciando sussistere diverse forme di tutela e diversi standard, nei rispettivi ambiti di competenza»; *contra* LOIODICE A., *L'incorporazione della Carta di Nizza nella Convenzione europea*, in BILANCIA P. - DE MARCO E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano 2004, p. 83 il quale afferma «L'art. 53 della Carta stabilisce il livello di protezione da assicurare nell'ordinamento europeo che viene ricollegato alla norma più favorevole europea o statale».

⁷⁹ Sulla distinzione tra gli elementi costitutivi della comunità internazionale (in generale e a livello regionale v. CEDU) e di quelle statuali ed europee v. R. UERPMANN-WITZACK, *The Constitutional*

Primo fra tutti il contesto in cui le disposizioni, della CEDU e della Carta, operano. Se da una parte la CEDU è un Trattato internazionale che, come si è già detto⁸⁰, opera in via sussidiaria quando non ci siano più efficaci forme di controllo e tutela per i diritti del singolo nei confronti dei poteri pubblici⁸¹. Dall'altra, la Carta si situa in un vero e proprio ordinamento politico e normativo nel quale può produrre i suoi effetti. Bisogna, infatti, considerare il diverso ruolo degli organi da cui le Carte promanano. Il Consiglio d'Europa, ha una funzione di vigilanza come è proprio delle organizzazioni internazionali chiamate a garantire la tutela dei diritti fondamentali. L'Unione europea, invece, costituisce un vero e proprio ordinamento sovranazionale. L'attività politica e giuridica dell'Unione viene svolta su un duplice livello: quello nazionale, all'interno dei governi, dei Parlamenti e degli organi degli Stati membri, e quello europeo in senso stretto, nelle istituzioni dell'Unione. Mentre il Consiglio d'Europa impone dei controlli esterni sulla legislazione interna e su gli altri atti degli Stati contraenti; l'Unione europea, e le sue istituzioni, sono orientate al raggiungimento degli obiettivi fissati nei Trattati esaminando l'idoneità delle misure attuative statali e curando l'esecuzione della normativa europea⁸².

Inoltre, sono le stesse Corti – quella di Strasburgo e di Lussemburgo – a rivestire una diversa posizione e ad avere diversi ruoli.

La Corte di giustizia, in particolare, a seguito del Trattato di Lisbona e con la riconosciuta efficacia giuridica della Carta di Nizza, ha visto potenziato il suo

Role of International Law, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford 2009, pp. 131-167.

⁸⁰ Cfr. *supra* Capitolo II

⁸¹ LANZONI L., *Protección y limitación de los derechos humanos en el art. 52 de la carta de los derechos fundamentales de la unión europea*, in *Revista de Derecho Político*, gen.-apr. 2012, 83, p. 585 afferma «El CEDH prevé en esta materia la aplicación de una cláusula de subsidiariedad que consiste en invocar el Convenio sólo cuando prevea un nivel de tutela de los derechos superior al previsto en el ámbito nacional. En todo caso, el Convenio no puede justificar nunca una reducción del disfrute de los derechos fundamentales en relación al nivel garantizado en los Estados parte. Por tanto, esta cláusula de subsidiariedad consiste en considerar el CEDH como un instrumento que garantiza una protección mínima e indisponible para los derechos fundamentales de los Estados miembros; proporcionando los criterios de revisión final para dicha tutela sólo cuando se han agotado los remedios jurisdiccionales internos».

⁸² Cfr. WIDMANN A. M., *cit.*, in particolare pp. 349-350

ruolo di “human rights adjudicator”⁸³ tanto da operare in alcuni casi come un vero e proprio «giudice costituzionale dell’Unione»⁸⁴.

L’insieme di questi fattori incide inevitabilmente sulla portata delle norme che, seppur omologhe e assonanti dal punto di vista testuale, esplicano effetti non del tutto sovrapponibili.

Ma vi è di più. I fattori richiamati, infatti, incidono sulla stessa possibilità di parlare di massimizzazione con riferimento al sistema convenzionale.

Come si è avuto modo di vedere infatti, l’art. 53 CEDU non fa che assicurare un minimo comun denominatore e la Corte di Strasburgo è chiamata ad intervenire quando lo Stato non rispetti tale minimo richiesto. Nell’ambito convenzionale, in altre parole, non si rintraccia quella tensione volta al miglioramento della tutela dei diritti che, in ultima analisi, solo nel contesto istituzionale europeo può essere promossa.

In sede europea, invece, la circostanza che l’interpretazione della Carta debba tendere ad assicurare un livello più elevato di tutela è desumibile dalla lettura, oltre che dell’art. 53 anche dall’articolo 52, paragrafo 3, della Carta e dalle spiegazioni relative all’articolo 52, paragrafo 4, della stessa.

Queste disposizioni della Carta, infatti, suggeriscono che i diritti fondamentali all’interno della Carta devono avere quale parametro di riferimento minimo il livello assicurato dalla Convenzione: non è solo l’art. 53 CDFUE a richiedere che l’interpretazione della Carta non sia limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, compresi quelli all’interno della CEDU ma anche l’art. 52 par. 3 a prevedere che l’UE possa offrire una protezione che è superiore a quella della CEDU e, *a contrario*, non possa fornire una protezione inferiore⁸⁵.

⁸³ DE BURCA G., *After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a Human Rights Adjudicator*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 168 ss.

⁸⁴ La pensa così CARTABIA M., *I diritti in Europa*, cit., p. 31 la quale richiama, in particolare il caso *Digital Rights Ireland* decisione 8 aprile 2014, (cause riunite C-293/12 e C-594/12), con cui la Corte di giustizia ha annullato l’intera direttiva 2006/24, «Una decisione, questa, che mostra bene le potenzialità della tutela dei diritti affidata alla Corte di giustizia quando questa è sollecitata ad opera come “giudice costituzionale” dell’Unione. (...) L’uso del rinvio pregiudiziale, da parte di due corti supreme nazionali, per la verifica della validità, e non come normalmente accade per l’interpretazione delle normative europee, ha indotto la Corte di giustizia a una decisione inedita».

⁸⁵ Sul punto si v. AHMED T., *The EU’s protection of the ECHR standards. More protective than the Bosporus legacy?*, in J.A. GREEN AND C. P.M: WATERS (a cura di), *Adjudicating international human*

Vi è, infine, un elemento dirimente in grado da solo di spiegare la netta distinzione tra i due sistemi e di escludere quello convenzionale dal circuito di “tensione massimalista”. Si tratta del diverso ruolo rivestito dal consenso nello sviluppo della giurisprudenza convenzionale ed europea in materia di diritti fondamentali.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo il *consensus* europeo è la *communis opinio* derivante dall’analisi comparativa⁸⁶, attraverso l’individuazione del consenso è circoscritta l’estensione del margine di apprezzamento riservato agli Stati⁸⁷.

Con la dottrina del margine di apprezzamento, in altre parole, vi è un rapporto di proporzionalità inversa: «quando la Corte è in grado di riscontrare un certo consenso europeo sul trattamento di una particolare questione, ovvero sulla tutela di un determinato diritto, lascia un minore margine di apprezzamento alle autorità nazionali»⁸⁸.

rights, essays in honor of Sandy Ghandy, Brill Nijhoff, Leiden 2015, p. 99-118 il quale si chiede «What the case law add to this legislative commitment to maintaining ECHR benchmarks? The CJEU’s application of ECHR standards involves detailed scrutiny of the ECHR case law which the ECtHR’s Bosphorus decision itself did not require». Cfr. anche WEISS W., *EU human rights protection after Lisbon*, in M. TRYBUS AND L. RUBINI (a cura di), *The treaty of Lisbon and the future of European Law and Policy*, Edwar Elgar Cheltenham 2012, pp. 220-224 il quale afferma «since this ECHR provisions become legally binding, there is no leeway on the part of the EU Institutions to fall short of the ECHR lever of human rights protection».

⁸⁶ Sul punto si v. GORI P., *Il ruolo del diritto comparato nelle decisioni della Corte EDU, recenti sviluppi*, Atti del convegno sul tema “I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte EDU e nazionale: la dignità della persona nella vita privata e familiare, nel carcere e nelle istituzioni”, Università di Padova il 21.6.2013, in www.europeanrights.eu, lo studio COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME, *Dialogue entre juges*, in http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_FRA.pdf, Strasbourg, Conseil de l’Europe, 2008, in particolare la nota del comitato di organizzazione composto da Anatoly Kovier, Vladimiro Zagrebelsky, Lech Garlicki, Dean Spielmann, Renate Jaeger e Roderick Liddell, *Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l’homme*. V. anche SPIELMANN D., *Consensus et marge d’appréciation nationale*, in *Journal des tribunaux*, 2012, pp. 592-593.

⁸⁷ DZEHTSIAROU K., *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Public Law*, 2011, p. 548-553 individua quattro tipologie di consenso deducibili dalla giurisprudenza convenzionale: «consensus identified through comparative analysis of laws of Contracting Parties; international consensus identified through international treaties; internal consensus in the respondent Contracting Party; expert consensus».

⁸⁸ Così ANRÒ L., *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell’uomo*, in ALBERTO ODDENINO, ELISA RUOZZI, ANNAMARIA VITERBO, FRANCESCO COSTAMAGNA, LORENZA MOLA, LUDOVICA POLI (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell’ordinamento internazionale e nell’ordinamento comunitario*. Atti dell’Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII Edizione Torino 9-10 ottobre 2009, ESI, Napoli 2010, p. 12. Cfr. anche BENVENISTI E., *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 843 ss.

Il consenso può essere individuato nel discrimine tra le due diverse impostazioni – margine ampio o margine stretto – della dottrina del margine di apprezzamento.

Nel caso di un non diffuso consenso sulla tutela di un determinato diritto l'intervento della Corte sarà limitato a vantaggio della discrezionalità degli Stati membri. Nel caso, invece, di ampio consenso sul punto controverso «la Corte è legittimata ad imporre uno standard (più elevato) di protezione dei diritti garantiti dalla Convenzione»⁸⁹ o a procedere ad un'interpretazione evolutiva del contenuto o dello standard di tutela di un diritto. In questa ultima ipotesi è proprio il consenso a legittimare l'attività interpretativa della Corte operando come «spartiacque tra discrezionalità statale e interpretazione evolutiva, tra differenziazione e uniformità, nonché come fondamento argomentativo dell'interpretazione della Convenzione come *living documents*»⁹⁰.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia esaminata, invece, si nota come il concetto di consenso non sia più il frutto di una valutazione pretoria successiva ma venga utilizzato in maniera diversa.

Nella sentenza *Melloni*, infatti, il consenso è «su di un normale atto normativo, espressione del potere politico, che è oggetto del giudizio e non il suo parametro»⁹¹.

⁸⁹ LECIS A. M., *Consenso europeo, chi è costui? L'individuazione del consensus standard da parte della Corte Edu tra interpretazione evolutiva e margine d'apprezzamento*, in *diritticomparati.it*, 28 novembre 2011.

⁹⁰ LECIS A. M., *loc. ult. cit.* Per la casistica sul punto si v. ANRÒ I., *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, cit., pp. 22 ss. e RAIMONDI G., cit., pp. 9-10, il quale richiama i casi *Marckx*, 13 giugno 1975, *Rasmussen*, 28 novembre 1984, *F. c. Svizzera*, 18 dicembre 1987, *A., B. e C. c. Irlanda*, 16 dicembre 2010: «Nel celebre caso *Marckx* la Corte ha considerato che sotto l'aspetto giuridico l'assimilazione della filiazione naturale alla filiazione legittima corrisponde a una tendenza del diritto interno “della grande maggioranza degli Stati del Consiglio d'Europa” In un altro caso, nel quale veniva in rilievo il regime danese delle azioni di disconoscimento di paternità, la Corte ha osservato che “la presenza o l'assenza di un denominatore comune al sistema giuridico degli Stati contraenti può costituire un fattore pertinente” per misurare l'estensione del margine di apprezzamento del quale beneficino, secondo le circostanze, il settore e il contesto, questi Stati. [...] Concetto analogo è stato espresso più di recente, nel caso *A., B. e C. c. Irlanda* del 2010, nel quale l'esistenza in una maggioranza di Stati membri del Consiglio d'Europa di un *consensus* in favore dell'autorizzazione all'aborto per motivi più ampi rispetto a quelli previsti dal diritto irlandese non ha impedito alla Corte di decidere che “il *consensus* constatato non riduce in maniera decisiva l'ampio margine di apprezzamento spettante allo Stato”».

⁹¹ CAPPUCCIO L., *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in AA. VV. *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino 2016, p. 423.

La Corte, infatti, afferma che la decisione quadro sul mandato di arresto europeo «riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia* raggiunte da un mandato d'arresto europeo»⁹².

Da ciò la Corte fa derivare la conseguenza che se si permettesse ad uno Stato membro di valersi dell'art. 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione, non prevista dalla decisione quadro, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, si avrebbe quale conseguenza quella di rimettere in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito dall'atto normativo europeo.

Dunque in questo caso il consenso raggiunto a monte, nella sede politica dell'approvazione di un atto normativo di armonizzazione, e la conformità alla Carta vengono utilizzati come elementi alla stregua dei quali escludere l'applicazione del maggior livello di tutela statale.

Come è stato rilevato i giudici europei – nel caso *Melloni* – ricordano che «il livello di tutela, espresso dal consenso degli Stati all'adozione della decisione quadro, è pienamente conforme anche alla CEDU»⁹³.

La Carta, dunque, secondo l'impostazione sviluppata in *Melloni*, individua un consenso e uno standard di tutela che, se rispettati dalle istituzioni europee, prevalgono su di una eventuale maggiore tutela costituzionale.

Ecco dunque individuato un ulteriore elemento che sostiene l'assunta diversità delle norme poste a raffronto: l'art. 53 CEDU consente agli Stati una tutela più estesa di quella espressa dalla Convenzione, l'art. 53 CDFUE, nei casi di materie oggetto di armonizzazione, non consente una tutela costituzionale più estesa, se incide sul primato dell'ordinamento europeo.

D'altro canto però, si può trarre una ulteriore conseguenza da tale ricostruzione che per quanto riguarda la norma della Carta – come si è detto –, si

⁹² Cfr. sent. *Melloni*, cit., punto 62.

⁹³ CAPPUCCIO L., cit., p. 424.

fonda su quella esigua giurisprudenza disponibile e per questo non esclude la possibilità di cambi di orientamento della Corte di giustizia.

La conclusione che se ne può desumere, e che si cercherà di elaborare nei prossimi capitoli, è che sebbene nel caso *Melloni* si sia esclusa l'applicazione di uno standard statale più elevato, la potenziale operatività del canone della massimizzazione può registrarsi solo nel contesto europeo e non in quello convenzionale.

A patto di considerare massima la tutela di un diritto quando sia assicurato un più ampio livello di protezione rispetto a quello positivamente previsto⁹⁴, allora è solo in ambito comunitario che può parlarsi di “massimizzazione”.

Questa affermazione deriva da una serie concatenata di valutazioni: da un lato nel contesto applicativo della CEDU, come si è visto, non si tende ad un *plus* di tutele ma si mira ad assicurare una tutela minima comune; dall'altro, nel contesto europeo, è proprio dal caso *Melloni* che si possono trarre le condizioni al ricorrere delle quali una maggiore tutela nazionale possa trovare applicazione.

Certamente l'ambito operativo è nettamente ristretto rispetto alla teorica di matrice italiana e rispetto alle stesse apparentemente ampie previsioni dell'art. 53 della Carta ma, d'altro canto, questo non esclude che la stessa previsione possa veder riconosciuta una sua operatività e non si riduca ad una mera clausola di stile, come pure è stato ritenuto⁹⁵.

In ultima analisi, e con un punto di vista più ampio, non si ritiene che possa essere operata una equiparazione del sistema di tutele europeo con quello internazionale convenzionale.

La protezione dei diritti fondamentali in Europa, come si è visto, si distingue da quella internazionale che ha tra le sue ragioni fondative la «protezione dei diritti fondamentali contro gli Stati di appartenenza dei soggetti» ma quella di assicurare «soddisfacenti garanzie individuali dentro un ordinamento sovraordinato ma distinto rispetto a quelli statali»⁹⁶.

⁹⁴ Sulla definizione del maggiore livello di protezione v. *infra* Cap. V par. 2.2.

⁹⁵ V. *infra* Cap. V par. 3.3.

⁹⁶ Così CHESSA O., *La tutela dei diritti oltre lo Stato fra “diritto internazionale dei diritti umani” e “integrazione costituzionale europea”*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *Diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino 2006, p. 117 il quale aggiunge però che «la penetrazione del diritto

comunitario nell'ordinamento interno (...) determina indirettamente un adeguamento del diritto e della prassi nazionale agli standards di tutela individuale definiti in sede comunitaria».

Capitolo IV

L'approccio massimalista e pluralista a confronto

1. Premessa

Dopo aver esaminato la normativa e la giurisprudenza nel campo oggetto della presente indagine, si può ora passare ad approfondire i fondamenti teorici dai quali è possibile trarre una diversa concezione dei rapporti tra gli ordinamenti e – quale causa o effetto (a seconda dall'angolo visuale scelto) – di una diversa lettura dell'art. 53 CDFUE.

Infatti, per i motivi sopra esposti¹, è solo a quest'ultimo – e non all'articolo omologo presente nella CEDU – che si deve fare riferimento se si voglia parlare specificamente di massimizzazione.

La CEDU, infatti, ha le caratteristiche proprie di uno strumento di diritto internazionale ed è espressione del livello condiviso di tutela tra tutti gli Stati che partecipano al Consiglio d'Europa; livello che non necessariamente corrisponde a quello massimo.

Al contrario, invece, si vuole indagare della possibilità di parlare di massima espansione in sede sovranazionale, con riferimento al rapporto tra gli Stati membri e l'Unione europea.

Per una completezza argomentativa, dunque, si richiamano qui le maggiori posizioni che la dottrina ha assunto con riferimento al binomio tra la interrelazione degli ordinamenti e la tutela dei diritti fondamentali nel contesto europeo nel tentativo di sistematizzare e di promuovere la garanzia degli stessi.

Si è scelto di suddividere gli approcci possibili in due macroaree – quello massimalista e quello pluralista – che si contrappongono nettamente, non senza dare conto delle sfumature intermedie che, in alcuni casi, si sovrappongono oscillando da un estremo all'altro.

¹ Cfr. *supra* Cap. III par. 3

Anche la posizione che si intende prendere alla conclusione di questa analisi, è bene dirlo già da ora, non sarà completamente adesiva ad un approccio piuttosto che all'altro ma cercherà di cogliere, ordinandoli, i punti di forza di entrambe le posizioni al fine di individuare il disegno teorico che sia maggiormente aderente alla realtà e, al tempo stesso, non mortifichi completamente l'intuizione massimalista di cui si intende far salva l'essenza.

2. L'approccio massimalista e lo standard mobile uniforme

Partendo dal primo estremo della ricostruzione del quadro teorico, la posizione che potremmo definire "massimalista" tende a fornire una soluzione che assicuri, prioritariamente e secondo ricostruzioni diverse, il massimo delle tutele previste per un determinato diritto.

La teoria, infatti, si collega al dibattito di vecchia data sulla possibilità che la Corte (costituzionale o europea a seconda dei casi) debba basare la propria giurisprudenza sul più alto livello di protezione assicurato da qualunque Stato membro, secondo tale logica l'Unione dovrebbe aderire a quello standard anche se solo uno degli Stati europei garantisca quel determinato livello.

Il concorso di fonti, in altre parole, non rappresenterebbe un problema insuperabile per l'interprete che può avvalersi del «principio dello standard massimo di protezione, privilegiando l'applicazione della fonte che assicuri il livello di tutela più elevato, senza stabilire aprioristicamente alcun ordine gerarchico tra le stesse»².

Tale posizione ha illustri esponenti sia nella dottrina straniera che, e soprattutto, in quella italiana.

² V. L. FANOTTO, *La tutela dei diritti umani nell'ordinamento dell'Unione europea: profili sostanziali e processuali*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino 2013, p. 134. Sull'argomento si v. anche, con particolare riferimento alla diversa natura attribuita alla Carta dal Trattato di Lisbona, L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona, un quadro di insieme*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2009, p. 652 e S. AMADEO, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito e la tutela "asimmetrica dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2009, p. 720 ss.

2.1. Teoria massimalista in Europa

Il primo e maggiore teorizzatore della dottrina massimalista in Europa è Leonard Besselink che, per la prima volta in un saggio del 1998³, affrontava il problema dei diversi livelli di protezione sotto distinti punti di vista, contestando chi riteneva il “common minimum standard” come il solo standard europeo e proponendo, al contrario una soluzione volta all’individuazione di un “maximum standard”.

2.1.1. Proposizione del problema della divergenza di tutele e standard cumulativo

Presupposto della teorica sono i conflitti interordinamentali tra livelli di tutela.

La problematica della divergenza tra i diversi livelli di tutela nella protezione dei diritti fondamentali in Europa, infatti, è connaturata all’affermazione della natura multilivello del sistema ordinamentale europeo⁴.

In particolare, con l’approvazione e la ratifica del Trattato di Amsterdam la questione si è resa palese dal momento che la Corte è stata espressamente

³ Cfr. BESSELINK L. F.M, *Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 35, 1998, pp. 629–680 e poi anche, ID., *The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 8, 2001; ID., *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions, Questionnaire and General Report*, in *Reports of the XXV FIDE Congress Tallinn 2012*, Volume 1: *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon*, Tartu University Press, Tallinn 2012, Pp. 1-139; ID., *The parameters of constitutional conflict after Melloni*, *European Law Review*, Agosto 2014, 3, pp. 531-552; ID., *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, 23 dicembre 2014, <http://www.verfassungsblog.de/acceding-ecbr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/#.VKvveiuG-WA>;

⁴ Come è noto il primo a coniare il termine “costituzione multilivello” in riferimento al sistema costituzionale europeo è stato I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1996, pp. 703 ss. Per una dottrina critica cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 51, 2006, pp. 1643-1668. Più in generale, sull’approccio seguito da Ingolf Pernice nella rielaborazione delle teorie dell’integrazione in chiave europea (c.d. interrelazione multilivello), si v. T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problema dell’interpretazione costituzionale nell’ordinamento giuridico integrato*, Editoriale scientifica, Napoli 2014, pp. 254-262 la quale ricostruisce le origini della teoria di Pernice trovandone i fondamenti nell’idea di Stato come fenomeno sociale di Heller e in quella secondo cui “uno stato non può preesistere alla propria costituzione”.

dichiarata competente a sindacare i provvedimenti dell'Unione anche alla luce dei diritti fondamentali⁵.

Gli Stati membri, infatti, si trovano di fronte ad uno standard di tutela dell'Unione (per come interpretato dalla Corte di giustizia), ma anche ai loro diritti fondamentali nazionali e ai relativi standard di tutela apprestati dalle Corti interne.

Vi sarebbe una sorta di “cumulo” tra le norme dell'Unione e le norme nazionali. Nei casi rientranti nell'ambito di competenza dell'Unione e quando lo Stato agisce esclusivamente nell'ambito di applicazione del diritto europeo senza che gli sia riservato alcun ambito di discrezione, lo Stato membro dovrebbe applicare in primo luogo lo standard europeo o, nella pratica, una norma nazionale che coincida con lo standard stesso. In tal caso, inoltre, lo standard cumulativo potrebbe sostanzialmente coincidere con il livello di tutela previsto dalla CEDU dal momento che, come si è visto, l'art. 52, par. 4, CDFUE pone quale obbligo interpretativo quello di intendere in modo conforme alla CEDU le garanzie identicamente formulate.

Vi è però l'eventualità, tutt'altro che remota, per la quale le autorità si trovino in una situazione di competenza mista.

In questo caso lo Stato usufruisce di un margine di discrezionalità nell'ambito riservato al diritto interno che faccia leva sullo standard nazionale dovendosi, al contempo, misurare con lo standard dell'Unione espresso nella normativa europea.

Tali ipotesi non comportano conflitto nei casi in cui gli standard non si discostano in modo significativo uno dall'altro. Il problema sorge nei casi di divergenza tra lo standard europeo e quello statale.

È nel caso in cui sorga un conflitto che vengono in rilievo le norme di cui all'art. 53 della CEDU e 53 della Carta.

⁵ Cfr. Trattato di Amsterdam art. 6, par. 1 «l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri». V. anche la modifica che il Trattato entrato in vigore nel 1999, ha apportato all'art. 46 del Trattato sull'Unione europea, specificando che la funzione giurisdizionale della Corte si estende anche all'attività delle istituzioni nell'ottica di verificare il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo garantiti attraverso il richiamo (operato dal paragrafo 2 dell'articolo 6) alla Convenzione europea dei diritti umani.

L'art. 53 della CEDU, come si è visto, stabilisce una protezione sussidiaria rispetto alle altre tutele. La CEDU, infatti, prevede solo il livello minimo di protezione che deve essere rispettato da tutti gli Stati contraenti.

Questo, però, non risolve il problema quando uno standard europeo sia conforme alla CEDU, ma la norma nazionale fornisca una protezione più ampia, sia dello standard CEDU che di quello dell'Unione.

L'art. 53 della Carta, è rubricato "livello di protezione" e, come si è visto⁶, assomiglia a prima vista all'omologo della CEDU ancorché ad un'analisi più approfondita se ne colgano le profonde differenze.

Questo articolo, secondo l'approccio massimalista, deve essere inteso nel senso di assicurare l'applicazione dello standard che meglio assicuri la tutela del diritto.

Dunque, non solo ciò comporterebbe la prevalenza dello standard europeo, ma anche, al contrario la prevalenza di quello nazionale nel caso in cui assicuri una tutela maggiore.

In altre parole, l'art. 53 CDFUE sarebbe volto ad assicurare che i diritti previsti dalla Carta non influenzino negativamente lo standard previsto dalle Costituzioni nazionali. Nello Stato membro, la norma costituzionale di "maggior tutela" dovrebbe semplicemente prevalere.

Si tratterebbe, dunque, di un vero e proprio principio decisionale in base al quale le Corti sono chiamate ad applicare lo standard «which offers the best protection in a concrete case»⁷.

Tale lettura, però, sconta il prezzo di coordinarsi difficilmente con il principio del primato del diritto dell'Unione⁸. Permettere il prevalere delle norme interne, infatti, si porrebbe in netto contrasto con la *primauté* del diritto europeo, classicamente intesa come prevalente anche a fronte di norme costituzionali in contrasto.

⁶ Cfr. *supra* Cap. III par. 1.1

⁷ L. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the EU*, cit., p. 671.

⁸ Sul principio del primato in generale e sul rapporto con le norme costituzionali interne cfr. AMALFITANO C. e CODINANZI M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, in partic. pp.125 ss.

D'altro canto però i sostenitori di tale tesi seccamente affermano che, nel campo dei diritti fondamentali, «it is hardly acceptable that the mere primacy of Community law should undermine standards of protection of fundamental rights - this would be a claim of sovereignty at the expense of citizens' rights»⁹.

Secondo tale impostazione, infatti, l'approccio pluralista – secondo il quale nei campi di competenza dell'Unione lo standard europeo è già espressione del massimo livello di tutela in quanto frutto del pluralismo interno¹⁰ – non può rappresentare una soluzione. Besselink sostiene che tale teorica pur costituendo un'analisi articolata e approfondita della questione dei divergenti livelli di tutela, al tempo stesso rappresenta un tentativo di negazione del problema.

L'approccio pluralista, infatti, sfuggirebbe alla “maximum standard trap” negando la necessità di dover valutare i massimi o minimi standard e imponendo un solo e unico standard – quello europeo – indipendente da qualsiasi altro.

Come si vedrà, tale teorica si fonda sul concetto di “Right-as-Values” ovvero sul fatto che, dal momento che i diritti sono “value-oriented” ogni società li esprime in maniera unica e non sovrapponibile. Di conseguenza anche lo standard richiesto per la loro tutela risentirà di questa derivazione “etica”.

Secondo Besselink però, «national and international fundamental rights standards are not merely a moral and political symbolism, but actual criteria for protecting citizen against public authorities in concrete cases»¹¹. Per questo la soluzione pluralista secondo l'A. non può essere accolta.

Una soluzione percorribile, invece, sarebbe quella di adottare due diversi standard che rispondano effettivamente all'esigenza di risoluzione dei conflitti tra tutele divergenti.

2.1.2. Gli standard massimi locali e lo standard massimo universale

Per la soluzione effettiva dei problemi di divergenza tra tutele Besselink propone l'adozione di un “universalized maximum standard approach” a livello europeo o alternativamente di un “local maximum standard”.

⁹ L. BESSELINK, *op. loc. ult. cit.*, p. 665.

¹⁰ Sull'approccio pluralista v., *infra*, Cap. IV, par. 3.

¹¹ L. BESSELINK, *op. loc. ult. cit.*, p. 668.

Il primo standard costituirebbe la base per un approccio dinamico alla tutela dei diritti in grado di adattarsi e ridefinirsi a livello nazionale e internazionale.

Non si tratterebbe di proporre il ricorso a livelli di tutela prefissati ma di un principio decisionale che indichi alla CGUE quale criterio applicare per assicurare la migliore protezione nel caso concreto.

Solo così si potrebbe assicurare quella continua evoluzione che la tutela dei diritti richiede.

Questo criterio, poi, secondo l'Autore, non minerebbe il principio del primato e l'uniforme applicazione del diritto europeo dal momento che i diritti fondamentali rimarrebbero sempre protetti secondo il diritto dell'Unione sulla base di uno standard europeo così come integrato dalle fonti esterne (internazionali o nazionali a seconda dei casi).

Una problematica che potrebbe sorgere, però, sarebbe quella dell'estensione, sulla base dell'"universalized maximum standard approach", del livello di tutela previsto da uno Stato membro anche a Stati membri che non prevedono quello stesso diritto (o livello di tutela).

Secondo l'A. si tratterebbe, in fine dei conti, di un problema meramente apparente. L'imposizione agli Stati membri di uno standard proveniente da un solo Stato avverrebbe, infatti, sulla base di uno standard che, così congegnato, non sarebbe più quello esclusivamente previsto da uno Stato membro ma si tratterebbe piuttosto di uno standard europeo.

Inoltre, si dice, l'ostacolo non sarebbe insormontabile dal momento che si tratterebbe pur sempre di incrementare le tutele così superando la concezione di una tutela minima o media e che, in ultima analisi, lo standard sarebbe limitato alla sfera di applicazione del diritto europeo¹².

Alternativamente, fintanto che il "maximum standard approach" non sia adottato a livello europeo, Besselink fornisce una diversa proposta per risolvere le divergenze che potrebbero sorgere tra Stati Membri: il "local maximum standard".

¹² L. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the EU*, cit., p. 673.

Questo standard potrebbe trovare spazio per il tramite del principio di sussidiarietà – espressamente previsto all’art. 5 del TUE¹³ – applicato alla protezione dei diritti fondamentali.

In particolare, si potrebbe superare lo standard minimo europeo in favore di standard nazionali o internazionali maggiormente favorevoli facendo appello, di volta in volta, al principio richiamato che prevede che l’intervento dell’Unione sia consentito solo quando gli obiettivi europei non possano essere conseguiti in misura sufficiente dall’azione autonoma degli Stati membri.

Così si avrebbe il vantaggio di suddividere il lavoro tra CGUE e Corti nazionali secondo il principio della leale cooperazione e si rispetterebbe un principio che trova il fondamento proprio nel diritto europeo, quale quello di sussidiarietà.

D’altra parte, però, si correrebbe il rischio di incidere sulla diretta e uniforme applicazione del diritto europeo, infatti, lo standard locale avrebbe applicazione nei singoli Stati e non in maniera generalizzata.

2.2. Teoria massimalista “all’italiana”

La teoria massimalista, come si diceva, ha avuto molto seguito in Italia.

Nella dottrina italiana è possibile rintracciare elementi teorici dell’approccio massimalista che si distinguono e hanno dei caratteri peculiari rispetto a quelli appena visti.

La letteratura interna, infatti, può fare perno su slanci della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che, come si è visto¹⁴, ha dato modo di costruire una teoria fondata sulla massimizzazione delle tutele tra i diversi livelli ordinamentali e sulla costante ricerca di un *plus* di tutele.

¹³ Cfr. art. 5 par. 3 TUE «In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l’Unione interviene, soltanto se e in quanto, gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell’azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell’Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo».

¹⁴ Cfr. *supra* Cap. I par. 2.

2.2.1. La creazione di un sistema costituzionale integrato tra interpretazione conforme circolare e primato “retrattile”

Una prima costruzione dottrina è rintracciabile nella corposa produzione di Antonio Ruggeri che, attraverso una costante analisi della giurisprudenza interna e sovranazionale, caldeggia il riconoscimento di meccanismi di tutela più intensa dei diritti attraverso ponderate tecniche di bilanciamento¹⁵.

Secondo tale impostazione il principio della massimizzazione delle tutele risulterebbe della Carta europea per *tabulas* all’art. 53, mentre nell’ordinamento interno pur non essendo espressamente ammesso «è dato desumerlo dai principi fondamentali nel loro fare “sistema” (...) ove si convenga che è nella natura stessa dei principi il tendere incessantemente alla loro massima valorizzazione possibile, alle condizioni di contesto, attingendo a tutti i materiali (di origine interna o esterna che siano) comunque utilizzabili allo scopo»¹⁶.

¹⁵ Per una ricostruzione della teorica dell’A. si v., *ex multis*, RUGGERI A., *Il primato del diritto dell’Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l’esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, in E. FALLETTI E V. PICCONE (a cura di), *Il filo delle tutele nel dedalo d’Europa*, Editoriale scientifica, Napoli 2016, pp. 110-123; ID., *Il primato del diritto dell’Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l’esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, in *Consulta online*, 1, 13 febbraio 2016, pp. 114-126; ID., *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *ConsultaOnline*, 1, 2015; ID., *Primato del diritto dell’Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quaderni costituzionali*, XXXV, 4, dicembre 2015, pp. 931-947; ID., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 23 marzo 2011; ID., *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 1, marzo 2010, pp. 3-40; ID., *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d’Europa*, in *Astrid*, n. 92, Anno 5, numero 9, pp. 1-28; ID., *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento ‘intercostituzionale’*, in *Federalismi.it*, 10, 2009; ID., *Tecniche di normazione, tutela dei diritti fondamentali, teoria della Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2008, pp. 1 ss.; ID., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in AA. VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Atti del Convegno annuale del ‘Gruppo di Pisa’. Capri, 3-4 giugno 2005, Milano, 2006, p. 846 s.

¹⁶ A. RUGGERI, *‘Itinerari’ di una ricerca sul sistema delle fonti XIX. Studi dell’anno 2015*, Giappichelli, Torino 2016, p. 543 il quale richiama senz’altro la posizione di Barile e il *magis ut valeat* di Crisafulli. Quest’ultimo A., infatti, sosteneva che «una Costituzione de[bba] essere intesa ed interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere [...] di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici» V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano 1952, p. 11.

Il canone della tutela più intensa sarebbe dunque inteso come un “metapprincipio” volto alla composizione dei principi in sistema attraverso la loro reciproca ponderazione assiologica.

Si tratterebbe di una superiorità assiologica sostanziale, distinta rispetto alla gerarchia formale, in grado di comportare l'applicazione di una norma dell'Unione ancorché incompatibile con uno dei principi fondamentali di diritto interno se in grado di far valere la costituzione come “sistema” in maniera migliore rispetto alle norme interne¹⁷.

Solo ispirandosi al principio della massimizzazione della tutela, poi, si potrebbe comporre il “sistema di sistemi”.

Con tale appellativo l'A. mira a richiamare i vari “sistemi di norme” che compongono l'ordinamento multilivello (CEDU, diritto europeo e diritto nazionale) ricomprendendo non solo i *Bill of rights* asetticamente intesi ma anche le posizioni giurisprudenziali e più in generale le scelte di politica giudiziaria assunte dai vari interlocutori nazionali e sovranazionali¹⁸.

Il principio di massimizzazione, in altre parole, è un principio-valore che deve orientare l'interpretazione conforme degli operatori del diritto.

In particolare tali operazioni interpretative (interpretazione conforme a Costituzione, a diritto internazionale e a diritto dell'Unione), secondo tale impostazione, non sono separate o distinte ma, anzi, sono tenute a svolgersi contemporaneamente e congiuntamente, sulla base del canone fondamentale della ricerca della miglior tutela.

Scopo di tale operazione ermeneutica è quello di dar vita ad una “interpretazione circolarmente conforme” volta alla ricerca del punto più alto di sintesi assiologica tra tutti i materiali in campo¹⁹.

Viene così data alle tecniche interpretative centralità massima e l'interpretazione conforme assume un ruolo di primo piano²⁰.

¹⁷ L'A. trae la creazione di questo “sistema-costituzione” dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana cfr., in particolare, sent. nn. 236/2011, 264/2012, 1/2013, 170/2013, 202/2013, 10/2015, 49/2015.

¹⁸ V. RUGGERI A., *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento “intercostituzionale”*, in www.federalismi.it, 2009, *passim*.

¹⁹ Cfr. A. RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti XIX. Studi dell'anno 2015*, cit., p. 549.

Attraverso questa tecnica infatti il giudice non dovrebbe “disapplicare” le norme di diritto nazionale ma, piuttosto, “riconciliarle” con norme eurounitarie. La metafora scelta non è casuale dal momento che solo così, secondo questa impostazione, si possono prevenire sul nascere conflitti che «potrebbe[ro] altrimenti esplodere senza riparo»²¹.

Secondo questa teorica, poi, sia le CGUE che la Corte costituzionale italiana si riconoscono nel principio della massimizzazione della tutela²².

Da un lato, infatti, la Corte di Lussemburgo è tenuta a seguire le indicazioni di cui all’art. 53 CDFUE che, secondo questa lettura, vincolerebbe il giudice europeo ad una interpretazione “massimizzata”; dall’altro a livello interno il canone della massimizzazione sarebbe implicitamente previsto tra i principi fondamentali dell’ordinamento dal momento che è nella natura degli stessi tendere alla massima valorizzazione possibile²³.

Come sottolinea lo stesso Autore, però, nella pratica le Corti non agiscono sempre nel senso di mettere da parte norme del proprio ordinamento – verso le quali vi è una «vocazione irresistibile» a preservarle – per far posto a norme di altri ordinamenti in grado di assicurare ancora meglio i diritti e, in genere, i beni costituzionalmente protetti nel loro fare “sistema”²⁴.

E, d’altro canto, anche la Corte di Giustizia dovrebbe arrestarsi davanti a norme di un ordinamento nazionale maggiormente adeguate alle esigenze del caso concreto. Per l’effetto, dunque, si dovrebbe ammettere una relativizzazione del principio del primato del diritto europeo che sarebbe “retrattile”, ovvero obbligato a ritirarsi all’impatto coi principi preminenti di uno o più Stati.

²⁰ Sull’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea si v. gli interessanti saggi contenuti in A. BERNARDI (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli 2015.

²¹ A. RUGGERI, *Primato del diritto dell’Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quaderni costituzionali*, XXXV, 4, dicembre 2015, p. 938-939.

²² Cfr. R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell’unione europea: un approccio non più differibile giudice comune e diritto dell’unione europea. Cinque buone ragioni pratiche per diventare giudici comuni di diritto eurounitario*, in *DPC*, 2012, p. 32, il quale afferma «questa apertura verso l’esterno dei sistemi (interno, eurounitario, CEDU) costituisce la costante dei diritti fondamentali che trovano nella Costituzione, Carta di Nizza e nella CEDU la loro sedes materiae proprio sulla base di “regole” ben scolpite all’interno di ciascun sistema artt. 2,10 e 11 Cost., art.53 CEDU, artt. 52 e 53 Carta di Nizza-Strasburgo».

²³ Cfr. *supra* Cap. I par.1

²⁴ A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, p. 938.

Questo sarebbe reso possibile dall'art. 4 par. 2 TUE che, secondo l'A., costituisce un vero e proprio limite al principio del primato vincolato dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri o da norme costituzionali inderogabili dei singoli Stati nel caso in cui, sulla base della lettura congiunta con l'art. 53 della Carta, presso l'ordinamento statale sia offerta ai diritti una tutela ancora più avanzata di quella che può fornita dall'Unione.

Si arriva dunque ad affermare che il primato non sia incondizionato bensì «soggetto alla verifica del “grado” di tutela apprestato ai diritti»²⁵.

Tale diversa concezione del primato sarebbe resa possibile, sul piano normativo, dalla lettura congiunta degli artt. 4.2 TUE e dell'art. 53 della Carta, mentre sul piano dei rapporti tra le Carte vi sarebbe una vera e propria conversione del primato culturale in primato positivo in quanto «nessuna fonte (...) può vantare di ricoprire un posto nel sistema delle fonti più alto di altre, dovendo piuttosto conquistarselo sul campo, per i contenuti di cui è dotata e l'attitudine da essi dimostrata ad assicurare l'ottimale salvaguardia [...] ai diritti fondamentali»²⁶.

Secondo tale teoria, dunque, i rapporti interordinamentali si dovrebbero comporre nel sistema di sistemi che è rintracciabile nel relazionarsi di quelli che sono definiti i “documenti materialmente costituzionali” ovvero le Carte dei diritti (siano esse Costituzioni nazionali, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o CEDU).

Ecco ricostruito il meccanismo ideale: l'operatore (sia esso nazionale o sovranazionale) posto davanti al caso concreto e chiamato a valutare quale tutela applicare si dovrà avvalere di «tutti i documenti materialmente costituzionali congiuntamente e non disgiuntamente per come reciprocamente integrati nei fatti interpretativi»²⁷.

Le Costituzione italiana, seguendo il principio della massimizzazione della tutela, si pone quale Costituzione “intercostituzionale” che si plasma «attingendo a quanto di più e di meglio le Carte restanti possono offrire al fine della propria

²⁵ A. RUGGERI, *Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile composizione*, in *Consulta online*, 1, 13 febbraio 2016, p. 115.

²⁶ A. RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti XIX. Studi dell'anno 2015*, cit., p. 536.

²⁷ A. RUGGERI, *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quaderni costituzionali*, XXXV, 4, dicembre 2015, p. 942.

incessante rigenerazione semantica, in relazione alle peculiari esigenze dei singoli casi»²⁸.

Per quanto riguarda, poi, la scelta di quale debba essere intesa come “migliore tutela”, si afferma che tale ricerca sia prerogativa del singolo operatore, chiamato ad assumersi la responsabilità, morale prima ancora che giuridica, della scelta. Lo strumento suggerito è quello del “dialogo intergiurisprudenziale” attraverso il quale si promuove la formazione e la stabilizzazione di «consuetudini culturali di riconoscimento della “misura” della tutela, arginandosi così un deprecabile soggettivismo esasperato»²⁹.

Anche la c.d. teoria dei controlimiti viene messa in discussione da tale ricostruzione dottrinarica che ne auspica un uso sempre più limitato a favore di una visione assiologica e non protezionista nei confronti delle norme di tutela dei diritti (qualsiasi provenienza esse abbiano).

Mirando alla massimizzazione, infatti, non si deve escludere radicalmente, come invece la teoria dei controlimiti fa, che la tutela di un diritto più avanzata e più adeguata al caso concreto possa essere offerta da una Carta diversa dalla Costituzione nazionale. Secondo Ruggeri, infatti, il principio fondamentale nazionale seppur inciso si vedrebbe compensato dall’innalzamento del livello complessivo di affermazione della Costituzione come “sistema”.

La dottrina dei controlimiti, in altre parole, letta alla luce del canone della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti nel loro “fare sistema” attraverso il mutuo bilanciamento, dovrebbe spiegare i propri effetti solo nel caso in cui la tutela apprestata in ambito interno risulti più adeguata e non per l’incisione di un diritto inderogabile appartenente al c.d. zoccolo duro.

Attraverso il principio della massima tutela non vi è una gerarchia fissa ma vi sono ordinazioni mobili e in continua evoluzione dei documenti normativi a tutela dei diritti, che si compongono diversamente a seconda del caso concreto così sollecitando «l’incessante rinnovo delle sistemazioni delle norme secondo valore»³⁰.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ RUGGERI A., *Il primato del diritto sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l’esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile composizione*, in *Consulta online*, 1, 13 febbraio 2016, p. 115.

³⁰ RUGGERI A., *Il primato del diritto sul diritto nazionale*, cit. p. 118.

La rigida attinenza alla gerarchia formale verrebbe sostituita da un'impostazione assiologico-sostanziale, basata sul livello di tutela più elevato nel caso concreto piuttosto che sulla tutela offerta dalla fonte gerarchicamente sovraordinata: avrebbe così luogo «un'autentica rivoluzione copernicana»³¹ abbandonando la teoria delle fonti per far luogo alla teoria dell'interpretazione.

La soluzione ottimale auspicata, infine, si ha laddove si assista alla *reductio ad unum* dei sistemi, ovvero all'integrazione di tutti i sistemi per effetto della massima convergenza possibile delle tutele. In questo senso, la massimizzazione avrebbe anche una funzione tesa a creare un contesto omogeneo e, per alcuni versi, appiattito di diritti.

Non si può tuttavia tralasciare che sebbene con l'intento di promuovere una massima e uniforme tutela dei diritti attraverso questa concezione della massimizzazione si potrebbe arrivare al risultato estremo, e non condivisibile, di frustrare le istanze pluraliste, travolgendo completamente le peculiarità proprie dei singoli ordinamenti.

Tale lettura, infatti, sebbene volta a valorizzare il dialogo tra i diversi interlocutori giurisdizionali, si rivela, nella sostanza, poco praticabile: non considerare a sufficienza l'importanza rivestita del principio del primato del diritto europeo porta a soluzioni radicali quali quelle di imporre a tutti gli Stati membri lo standard previsto da solo uno di essi e avvilendo così il ruolo delle tradizioni costituzionali diverse da quella prescelta come "migliore".

2.2.2. La massimizzazione come espressione del principio di sussidiarietà

Secondo una diversa ricostruzione³², sempre frutto della dottrina italiana, la giurisprudenza in materia di diritti fondamentali dovrebbe operare nel segno della

³¹ A. RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti XIX. Studi dell'anno 2015*, cit., p. 41.

³² Per questa teorizzazione il riferimento precipuo è agli scritti di G. Silvestri. Si v. in particolare SILVESTRI G., *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, p. 3405 ss. e ID., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, marzo 2006.

massima espansione delle libertà personali anche e soprattutto alla luce del principio di sussidiarietà di derivazione europea.

Tale principio, infatti, sarebbe per sua natura orientato alla massimizzazione, rendendo – nelle materie di sua competenza non esclusiva – sussidiario e subordinato l'intervento dell'Unione alla eventualità che si tratti di un'azione che assicuri un miglior raggiungimento degli obiettivi da parte dell'Unione rispetto a quelli raggiungibili dagli Stati e che, d'altra parte l'azione degli Stati si dimostri insufficiente.

Questa teoria, in altre parole, applica un principio di carattere competenziale (quale quello della sussidiarietà nelle materie concorrenti) alla tutela dei diritti fondamentali, cercando così di individuare un criterio alla stregua del quale dare prevalenza alla tutela “migliore”.

Per quanto riguarda, poi, il problema della quantificazione dei livelli di tutela, ovvero della possibilità di stabilire tra una varietà quale assicuri una migliore tutela, secondo tale ricostruzione si potrebbero «immaginare forme di tutele dei diritti a “cerchi concentrici”, che comportino una valutazione ponderata del miglior livello di salvaguardia o dell'effettivo ambito di protezione raggiungibile per ciascun diritto»³³.

L'allineamento verso l'alto del livello di protezione non costituirebbe un rischio per la certezza del diritto se questo criterio di scelta diventasse *communis opinio* di tutti i giudici, nazionali ed europei³⁴.

In questa auspicata ipotesi infatti si potrebbe dire che nell'ordinamento europeo – così come in quelli nazionali – il tradizionale principio della certezza del diritto tenderebbe ad evolversi in un più adeguato principio di certezza e massimizzazione della tutela.

La centralità nel sistema non sarebbe più rivestita dalla norma giuridica in quanto tale ma dagli interessi visti alla luce dei valori fondamentali assunti dall'ordinamento costituzionale sotto diverse forme, prima fra tutte quella dei diritti fondamentali.

³³ P. BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di) *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*. Atti del Convegno. Milano, 4 aprile 2003, Giuffrè, Milano 2004, p. 122.

³⁴ SILVESTRI G., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, cit., p. 16.

2.3. Lo standard uniforme mobile e le sue criticità

Le teorie appena esposte sono accomunate dalla complessiva volontà di affermare il criterio delle massime tutele come possibile strumento di interrelazione e dialogo tra i diversi livelli di tutela e, altresì, come meccanismo di composizione dei potenziali conflitti scaturenti da tali rapporti.

In altre parole si ritiene possibile che la costruzione multilivello dei rapporti tra ordinamenti possa migliorare la resa delle Corti che vi operano in termini di livelli di tutela più elevati.

Si viene così a creare, quello che è stato definito lo “standard mobile uniforme”³⁵.

Tale standard, a differenza dello standard unico europeo di cui si dirà a breve, mirerebbe a trovare per ogni diritto individuale il livello “massimo” di protezione tra le tradizioni costituzionali nazionali e le disposizioni dei trattati sui diritti umani a cui ogni Stato membro è parte e le disposizioni della CDFUE.

Il punto di forza di tale standard è la sua natura dinamica che consente l’adattamento agli sviluppi e ai perfezionamenti che sorgono a livello nazionale e internazionale.

D’altro canto, però, nelle ricostruzioni teoriche appena richiamate permangono delle forti criticità che hanno comportato l’insuccesso dell’approccio “massimalista” nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Sebbene, infatti, sia più che condivisibile l’idea di portare l’Unione al più alto livello di tutela³⁶, è pur vero che vi sono degli elementi di debolezza da tenere in conto.

In primo luogo, i conflitti possono avere natura diversa e possono essere di tipo diretto tra due diritti (ad esempio, il diritto all’aborto è in contrasto con il

³⁵ Cfr. A. WIDMANN, *Article 53: Undermining the Impact of the Charter of Fundamental Rights*, in *Columbia Journal of European Law*, 8, 2002, pp. 348 e 357 il quale parla di “uniform moveable standard” che ha la caratteristica di individuare per ogni diritto individuale «the “maximum” level of protection found amidst the national constitutional traditions and the substantive provisions of the human rights treaties to which any Member State may be party. (...) it is a dynamic standard, allowing for adaptation to the developments and refinements which arise at the national and international levels».

³⁶ Condivisa anche da G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA. VV. *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino 2016, p. 706 ss.

diritto alla vita) o inerire ad uno stesso diritto tutelato in maniera diversa. L'approccio massimalista mal si adatta ai conflitti diretti tra due diritti perché inevitabilmente risente di uno schematismo che non consente il necessario bilanciamento (non è facile, se non impossibile, stabilire se sia "migliore" la tutela del diritto alla vita o quella dell'autodeterminazione della donna)³⁷. Con riferimento alla diversa intensità di tutele di uno stesso diritto, anche qui sorge un problema definitorio: come stabilire quale sia la tutela più intensa senza incorrere in eccessiva discrezionalità o approssimazione? Come noto, infatti, l'applicazione del criterio della massima protezione di un diritto è assai problematica perché, frequentemente, alla maggiore protezione di un diritto si accompagna la riduzione della tutela di un altro diritto: è pertanto difficile esprimere un giudizio su quale livello di tutela garantisca una protezione maggiore.

In secondo luogo, la teoria implicherebbe che i singoli Stati membri potrebbero imporre all'intera Unione le previsioni costituzionali unilaterali per la tutela dei diritti e ulteriori misure non previste altrove.

Infine, la tutela dei diritti fondamentali presuppone quasi sempre un certo grado di bilanciamento tra i diritti dei singoli e l'interesse pubblico.

Questo crea, alla luce dell'approccio massimalista, un duplice ordine di problemi.

Prima di tutto le operazioni di bilanciamento sono difficilmente esportabili perché, come si avrà modo di dire diffusamente più avanti, presuppongono una dimensione valoriale che «muta di consistenza (e di identità) a seconda dell'ordinamento di riferimento»³⁸. Per questo, l'idea di massimo livello di protezione può essere forviante in quanto le diverse tutele apprestate saranno il

³⁷ Critica in qualche modo assimilabile a quella operata da A. Pace nei confronti di chi intendeva ricavare dall'art. 2 Cost. una clausola a fattispecie aperta in grado di dare copertura costituzionale ai nuovi diritti. Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, cit., p. 26-27 «quando si desumono nuovi diritti dall'art. 2, talvolta non si medita a sufficienza sul fatto che all'affermazione di un diritto spesso consegue automaticamente l'imposizione di un corrispondente obbligo a carico di un soggetto privato, titolare anch'egli di diritti costituzionali. Il che accade in tutte le ipotesi (...) nelle quali la nostra Costituzione riconosce ai diritti costituzionali la c.d. efficacia orizzontale». Cfr. anche il richiamo a J. Rawls il quale afferma che la limitatezza dell'elenco delle libertà fondamentali risiede anche nel fatto che ogni volta che si allunga l'elenco delle libertà stesse, si rischia «di indebolire la protezione delle libertà più essenziali e di riprodurre entro il sistema delle libertà quei problemi di equilibrio reciproco, indeterminati e privi di un criterio guida» (J. RAWLS, *Liberismo Politico*, trad. it. G. Rigamonti, Edizioni di Comunità, Milano, 1994, p. 248 e sul punto A. Pace, ult. cit., p. 24).

³⁸ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2, 2006, p. 1660.

frutto di legittime operazioni di bilanciamento tra interessi pubblici e diritti dei singoli, rendendo così impossibile l'individuazione della "miglior" tutela.

Non solo, o in posizione assoluta, ma sempre in rapporto con altri diritti di contenuto configgente, o con il medesimo diritto riconosciuto ad altri soggetti dell'ordinamento, o ancora con interessi collettivi e generali che operano come limite al diritto preso in considerazione. Il tipo di tutela accordata ad un diritto in ciascun sistema giuridico emerge dalla trama delle relazioni che lo legano agli altri valori protetti dall'ordinamento»³⁹.

Secondariamente, anche a voler attribuire tale operazione di ponderazione alla Corte di giustizia questo non necessariamente comporterebbe un generale innalzamento delle tutele. Il risultato diretto, a conti fatti, non sarebbe che una progressiva erosione dell'interesse pubblico a favore dei diritti dei singoli.

Se la Corte accettasse la teoria massimalista e mettesse insieme il "migliore dei mondi possibili", in altre parole, ciò porterebbe ad una serie di diritti fondamentali europei più favorevoli all'individuo rispetto a quelli che trovano tutela negli Stati membri al punto di arrivare ad un potenziale sconvolgimento dei sistemi sociali degli Stati membri e, al contempo, minare la legittimazione dell'Unione che sarebbe così percepita come un rischio per la tenuta degli Stati sovrani.

3. L'approccio pluralista e lo standard unico europeo

Come si anticipava l'approccio opposto a quello massimalista è rappresentato dalla teoria pluralista elaborata in maniera compiuta da Joseph Weiler⁴⁰. Secondo

³⁹ Cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffè, Milano 1995, p. 32.

⁴⁰ Si v., in particolare, J.H.H. WEILER, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights*, in N. NEUWAHL E A. ROSAS, *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague 1995, p. 51 ss. poi in WEILER J.H.H., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, pp. 102-129 ma anche, ID., *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 61, 1986, p. 1103 ss.; ID., *Towards a Second and Third Generation of Protection*, in A. CASSESE, A. CLAPHAM, AND J. WEILER (a cura di), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Nomos, Baden-Baden 1991, p. 555 ss.; ID., *The European union belongs to its citizens. Three immodest proposals*, in *European Law Review*, 33, 1997, p. 150 ss.; ID., *Epilogue: The Judicial Après Nice*, G. DE BURCA E J.H.H. WEILER (a cura di), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford

questa impostazione l'ordinamento giuridico europeo è autonomo e in quanto tale l'unico in grado di individuare lo standard che soddisfi meglio i bisogni e gli interessi dell'Unione.

Lo standard europeo è più adeguato di qualsiasi altro standard nazionale e internazionale. La conseguenza inevitabile di tale assunto è il superamento della dottrina del sopranazionalismo e dell'ordinamento multilivello a favore del concetto di ordinamento autonomo europeo, espressione delle componenti pluraliste che lo formano.

3.1. *I Rights as Values*

Come si è anticipato, tale impostazione mira a contestare l'approccio massimalista dal momento che la tecnica del livello di protezione in termini comparativi e quantitativi sarebbe, infatti, impraticabile e mal posta.

Procedendo per gradi, bisogna chiarire prioritariamente che l'assunto alla base di tale ricostruzione è che «the very nature of the European Union is that of a pluralistic, tolerant, multiple, 'contra-punctual' legal order, where a plurality of voices tends to harmonisation»⁴¹.

Il sistema ordinamentale europeo, dunque, è caratterizzato da una pluralità di voci, di ordinamenti giuridici e di ascendenze culturali, come dimostrato d'altro canto dal suo motto: «unità nella diversità»⁴².

Fissare uno standard uniforme nel campo dei diritti fondamentali vorrebbe dire frustrare la varietà di tradizioni costituzionali nazionali e – in ultima analisi – tradire la stessa natura dell'Unione, ontologicamente caratterizzata dal pluralismo.

Per questo, l'avvento della Carta può essere visto quale segnale positivo volto alla promozione del ruolo della Corte di giustizia nel campo della tutela dei

2001; ID., *Diritti umani, Costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, settembre 2002, pp. 521-536.

⁴¹ CARTABIA M., *European and Rights: taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 5, 2009, p. 21.

⁴² Cfr. https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_it sulla scelta dicotomica v. M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in G. MORBIDELLI- F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 195 ss.

diritti fondamentali ma anche quale rischio di centralizzazione in capo ad un solo organo delle tutele e conseguentemente di omogeneizzazione delle stesse⁴³. Questo rappresenta un serio pericolo per la natura pluralistica del substrato costituzionale europeo⁴⁴ che rischia di incidere su quello che è stato individuato quale “contrapunctual element”⁴⁵ dell’equilibrio costituzionale sovranazionale.

Seppure la visione classica sia solita concepire «l’impegno per i diritti umani come un ideale unificante e “universale”, come uno dei valori essenziali intorno ai quali il popolo dell’Europa può coagularsi in un patrimonio condiviso»⁴⁶, è pur vero che positivizzando le tutele in una Carta dei diritti e redigendo un elenco potenzialmente tassativo degli stessi si rischia di minare «una delle caratteristiche veramente originali dell’architettura costituzionale pre-Carta nel campo dei diritti umani – la capacità di usare il sistema legale di ciascuno Stato membro come laboratorio organico e vivente nella protezione dei diritti umani che poi, caso per caso, possono essere adattati per le necessità dell’Unione dalla Corte europea in dialogo con le sue controparti nazionali»⁴⁷.

Per quanto non sia automatico che la Carta produca tale effetto vi è anche il rischio di inibire il dialogo tra le Corti e portare la Corte di giustizia ad avere un atteggiamento autoreferenziale e non aperto come si auspicherebbe.

Oltre un certo nucleo, che si riflette in Europa nei diritti riconosciuti nella CEDU e garantiti dalla Corte di Strasburgo; infatti, la definizione dei diritti umani fondamentali spesso differisce nelle distinte realtà nazionali dal momento che quei diritti sono espressione, secondo l’impostazione weileriana, di scelte sociali fondamentali e costituiscono una parte importante nelle diverse identità dei

⁴³ CARTABIA M., *European and Rights: taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 5, 2009, pp. 6-7.

⁴⁴ Parla di “cultura costituzionale” A. SPADARO, *La «cultura costituzionale» sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2016, pp. 297-340.

⁴⁵ Per come inteso da POIARES MADURO M., *Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford 2003, p. 501 ss. Sul punto v. anche, con riferimento al MAE, J. KOMAREK, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of Limits of “Contrapunctual Principles”*, in *Common Market Law Review*, 44, 2007, pp. 9-40.

⁴⁶ Riporta questa visione J.H.H. WEILER, *Diritti umani, Costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, settembre 2002, p. 530.

⁴⁷ J.H.H. WEILER, *ult. cit.*, p. 528.

sistemi politici e delle società⁴⁸. Di qui il necessario fondamento della nozione di diritti umani come valori sociali⁴⁹, ovvero del concetto di “rights-as-values”.

Secondo l’A., poi, oltre ai diritti fondamentali, nei sistemi federali in generale e in quello europeo per le sue peculiarità in particolare, assumono grande rilievo anche le cc.dd. frontiere fondamentali (*fundamental boundaries*) che sono la metafora degli “enumerated powers” e che hanno lo scopo di garantire che in certi settori le comunità (intesa come potere pubblico) sia libera di compiere le proprie scelte sociali senza interferenze dall’alto.

In altre parole, se i diritti fondamentali ineriscono all’autonomia e l’autodeterminazione del singolo, le frontiere fondamentali salvaguardano l’autonomia e l’autodeterminazione degli Stati membri. Allo stesso tempo, poi, le frontiere fondamentali costituiscono e quindi assicurano differenti livelli di potere.

Senonché vi sono casi in cui i diritti fondamentali e le frontiere fondamentali risultano in contrasto all’interno dell’architettura costituzionale europea. Infatti, al di là di un nucleo duro che dà espressione ai diritti ritenuti universali perché trascendenti da ogni legittima differenza culturale o politica tra le diverse società nel contesto europeo, vi sono differenze che vengono in rilievo e non possono essere soppresse.

La CEDU – come si diceva – si fonda su questa premessa, rappresentando e tutelando i diritti nel loro nucleo essenziale e comune di tutti gli Stati europei mentre lo stesso non vale per la Carta e per la realtà europea strettamente intesa.

Ebbene, proprio tale differenza mette in crisi il tradizionale “valore unificante” attribuito ai diritti umani, richiedendo una ulteriore analisi del problema nel contesto dell’integrazione europea⁵⁰. Le differenze tra i livelli di protezione, in altre parole, sono «quasi sempre l’espressione di un compromesso tra beni sociali in competizione tra loro all’interno della comunità politica di riferimento»⁵¹. Allora è tale contemperamento ad essere fondamentale in quanto manifestazione del nucleo duro dei valori, delle scelte fondamentali di una società.

⁴⁸ Cfr. J.H.H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standard and values in the protection of human rights in the European legal space*, cit., p. 102.

⁴⁹ J.H.H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standard and values in the protection of human rights in the European legal space*, cit., in partic. pp. 102-105.

⁵⁰ J.H.H. WEILER, *Diritti umani, Costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, cit., p. 530.

⁵¹ *Loc. ult. cit.*, p. 534.

Le frontiere fondamentali si pongono quale limite ai diritti fondamentali, nel senso che i diritti – oltre il nucleo duro – diventano espressione del tipo di scelta fondamentale differenziata della quale le frontiere fondamentali sono estrinsecazione. In ultima analisi, «l'imposizione ad una società della tutela di un diritto fondamentale al di là del nucleo duro condiviso equivale, probabilmente, a forzare le sue frontiere fondamentali»⁵².

Il potenziale conflitto di valori emerge, poi, in risposta al quesito su quale standard di protezione debba essere adottato dalla Corte di giustizia. Volendo applicare l'approccio massimalista, pocanzi esaminato, si dovrebbe adottare *de plano* lo standard più alto. Questa soluzione avrebbe senz'altro il merito di promuovere una “corsa verso l'altro” nella tutela dei diritti fondamentali e, allo stesso tempo, potrebbe soddisfare lo Stato del quale venisse adottato lo standard (che non sarebbe disposto altrimenti ad accettare una tutela inferiore) e contemporaneamente non sacrificerebbe le ragioni degli altri Stati, chiamati pur sempre ad applicare una misura europea. Le loro normative, d'altra parte, non verrebbero toccate e la Corte di giustizia potrebbe sempre adottare altri standard statali in situazioni diverse.

L'approccio massimalista, però, non può funzionare in una società – come quella europea – che è l'espressione di un pluralismo giuridico e valoriale. Infatti se la Corte dovesse adottare in ogni caso il più alto livello allora dovrebbe seguire il livello assicurato, ad esempio, da un singolo Stato membro ed estendere tali tutele nazionali all'intera Unione, anche quando tali livelli di garanzia siano del tutto inadatti per l'Unione nel suo complesso.

Il problema risiede proprio nel sistema di quantificazione delle tutele e nella classificazione delle stesse secondo la scala “maggiore/minore”, “migliore/peggiore” utilizzata in questo quadro ricostruttivo. Al contrario i diritti fondamentali sono espressione di un equilibrio fondamentale tra diritti della persona e dei diritti delle pubbliche autorità. L'interesse pubblico, generalmente, ha un più basso livello di protezione e dunque dovrebbe sempre risultare soccombente davanti a diritti dei singoli. Ecco che così «the fallacy rests in the

⁵² *Loc. ult. cit.*, p. 535.

unstated assumption that “higher” standard are always desirable»⁵³. Non si può adottare per l’Unione un insieme di valori fondamentali di un determinato Stato membro dal momento che l’Unione si compone di diversi Stati e persone e i suoi valori di base dovrebbero essere espressione di quella mescolanza di componenti. Privilegiare i valori fondamentali di uno Stato membro mortificherebbe questa natura composita.

Inoltre, l’applicazione pedissequa dell’approccio massimalista potrebbe portare alla netta prevalenza dei diritti del singolo a scapito dell’interesse pubblico, costantemente ritenuto recessivo rispetto alla “miglior tutela” dell’individuo. Tutti gli Stati membri, infatti, tendono a raggiungere un equilibrio tra i diversi diritti e interessi, cercando di privilegiare in parte – e a seconda delle esigenze - il singolo e in parte la posizione pubblica e l’interesse generale. Se la Corte dovesse adottare un approccio massimalista questo porterebbe ad una progressiva erosione dell’area di tutela dell’interesse pubblico e generale.

Come si è detto l’approccio massimalista verso i diritti dei singoli sarebbe inversamente proporzionale alla “massima tutela” per la collettività traducendosi, in ultima battuta, «in a minimalist approach to Community government»⁵⁴.

Secondo l’approccio pluralista, invece, va evitata qualsiasi quantificazione dei diritti, ovvero qualsiasi tentativo di tipo matematico-statistico dal momento che solo la Corte di giustizia europea è in grado di procedere alla determinazione in merito alla compatibilità di un atto comunitario con i diritti fondamentali e solo la Corte, data la sua posizione, è in grado di valutare la rispondenza dell’azione europea ad un interesse generale e il rispetto della proporzionalità sancita all’art. 5 TUE.

⁵³ V. J.H.H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standard and values in the protection of human rights in the European legal space*, cit., p. 112.

⁵⁴ J.H.H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standard and values in the protection of human rights in the European legal space*, cit., p. 112. Secondo R. ALONSO GARCIA, *ult. cit.*, p. 22 invece «il discorso dei diritti fondamentali è, essenzialmente, un discorso di esigenze dell’individuo di fronte al potere pubblico (...) nel contesto del quale dovrà essere considerato come sistema di maggiore protezione quello che soddisfa di più le esigenze dell’individuo rispetto a quelle del potere pubblico». Poi continua, «nel contesto dei conflitti suscettibili di essere indirizzati nella loro essenza all’opposizione tra individuo e il potere pubblico dovrebbe essere *pro* individuo e tradursi in una concreta applicazione dello standard nazionale di fronte al diritto dell’unione se effettivamente più favorevole all’individuo e viceversa in un’applicazione dello standard europeo davanti al diritto nazionale, nella misura in cui questo entri nel raggio di azione di quello E anche sulla base di una maggiore protezione dell’individuo E non del principio del primato del diritto dell’unione» (pp. 28-29).

Inoltre, le Carte a cui il giudice europeo deve fare riferimento sono caratterizzate da una tipologia di disposizioni cc.dd. a maglie larghe. Questo permette e carica le Corti, in ciascuno di questi sistemi, del compito di tradurre il “linguaggio blando” espressione della scelta della società in un equilibrio fondamentale tra individuo e collettività. È chiaro che, attraverso questa operazione, il giudice dà espressione all'*ethos* costituzionale delle carte e del sistema politico tutto⁵⁵.

Ebbene questa operazione risulta tanto importante quanto delicata e permettere alla Corte di giustizia di farlo a scapito delle ponderazioni svolte dai giudici nazionali potrebbe dimostrarsi un duro colpo al pluralismo.

Per questo la Corte di giustizia dovrebbe cercare di dare espressione un *ethos* costituzionale che derivi e che sia espressione dei testi delle costituzioni di tutti gli Stati membri e in questo il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni – contenuto nell’art. 6, par. 2 TUE – può costituire un buon ancoraggio.

L’Unione, infatti, costituisce un ordine politico e giuridico diverso da quello dei suoi Stati membri e, per questo, l’interesse generale dell’Unione dovrebbe riflettere tanto le costituzioni degli Stati membri quanto i trattati istitutivi dell’Unione stessa. L’Unione, in altre parole, è un sistema politico con una propria identità separata e con una sensibilità costituzionale in grado di definire i propri equilibri fondamentali e i propri valori fondamentali, anche se questi non possono dissociarsi completamente dalla natura *sui generis* dell’Unione che si compone di diverse identità nazionali.

L’apparato di tutele apprestato dall’Unione, infatti, non è sostitutivo di quelle nazionali o di quelle internazionali ma, nell’ambito di applicazione del diritto europeo, coesiste e si sovrappone parzialmente negli ambiti non completamente rimessi alla disciplina europea. In ultima analisi, secondo tale impostazione, la Corte di giustizia è in grado di esprimere uno standard autonomo

⁵⁵ Sottolinea il rischio connesso all’adesione all’*ethos* dei principi ZANON N., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, XXXV, 4, dicembre 2015, p. 921 il quale afferma che tale adesione viene presentata come se fosse una “condivisione” ma che, come tale, «essa diventa immediatamente relativizzabile e quantificabile, e ciò rischia di annullare lo specifico della normatività, che appartiene invece sia alle regole che ai principi, e che consiste in ultima analisi nella obbligatorietà».

europeo, non derivante dalla giurisprudenza delle corti nazionali ma esplicitazione dell'ethos costituzionale europeo⁵⁶.

Secondo Weiler, infatti, ritenere che l'Unione possa tratte uno standard uniforme dalle tradizioni costituzionali comuni «is operating on a heuristic assumption of constitutional commonality in Europe which is simply unfounded»⁵⁷.

L'unico modo per far funzionare tale standard unico e uniforme sarebbe quello di considerare le tradizioni comuni ad un livello talmente generico da divenire quasi privo di senso.

Per questo è auspicabile che sia il giudice europeo a stabilire un autonomo standard per l'Unione europea, in modo di tenere in conto i suoi (propri) interessi e di esprimere il *ethos* costituzionale. L'ethos dell'Unione dovrebbe costituirsi dell'interazione tra le Costituzioni nazionali e i trattati fondativi dell'Unione e lo standard autonomo potrebbe costruirsi a misura di natura ed esigenze dell'ordine giuridico e politico europeo.

L'individuazione di tale standard sarebbe una prerogativa esclusiva del giudice europeo e non dei giudici nazionali che non sarebbero nella posizione di individuarlo dal momento che la loro attenzione è inevitabilmente rivolta agli interessi del paese di appartenenza, piuttosto che all'Unione europea nel suo complesso.

Tale standard autonomo europeo, si badi, sarebbe valido solo nei confronti del diritto europeo con efficacia diretta e nei confronti del diritto interno attuativo ma solo per le ipotesi in cui lo Stato non abbia alcuna discrezionalità. Nel caso diverso in cui lo Stato abbia un margine di manovra

⁵⁶ Cfr. J.H.H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standard and values in the protection of human rights in the European legal space*, cit., p. 116-117 il quale la Corte di giustizia «should try and give expression the a constitutional ethos which derives from its controlling texts not the constitution of one Member State but all of them. Just as in the geographical-political sense, the community constitutes a polity different from its Member State with a general interest which should reflect the various Member State constitutions». Cfr. anche J.H.H. WEILER, *Towards a Second and Third Generation of Protection*, in A. CASSESE, A. CLAPHAM, AND J. WEILER (a cura di), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Nomos, Baden-Baden 1991, p. 568-569.

⁵⁷ J. H.H. WEILER, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 61, 1986, p.1128.

nell'attuazione del diritto europeo, invece, anche il suo standard "locale" potrà essere preso in considerazione e prevalere.

3.2. Il ruolo dei diritti fondamentali e la proposizione di tre standard di tutela

Infine non si può non menzionare la posizione espressa in dottrina da von Bogdandy, il quale, pone in luce quali siano i punti deboli della impostazione massimalista e, parimenti, fornisce una ricostruzione di quali potrebbero essere gli standard utilizzati dalla Corte di giustizia nel decidere su questioni che ineriscano ai diritti fondamentali⁵⁸.

Sulla scorta di quanto appena visto, vi è chi suggerisce che la Corte di giustizia, nelle sue decisioni applichi i più alti livelli di protezione dei diritti fondamentali. Tali decisioni perseguirebbero lo scopo di realizzare il più elevato livello di controllo.

D'altra parte però vi sono, per l'A., dei punti deboli di tale teoria che pur perseguendo il fine di dare centralità ai diritti umani, non per questo può essere accolta.

In primo luogo, vi è il problema di determinare cosa si debba intendere per massimo standard⁵⁹. Difficile parlare di più alto livello di protezione quando

⁵⁸ Tra i numerosi scritti dell'Autore, si farà qui particolare riferimento a VON BOGDANDY A., *The European union as a human rights organization? Human rights and the core of the European union*, in *Common Market Law Review*, 37, 2000, pp. 1307-1338; ID., *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico*, 3, 2001, pp. 849-900; ID., *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale scientifica, Napoli 2011; ID., *L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma 2004, pp. 276-298.

⁵⁹ L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 11 ss. parla di metodo del massimo standard e di metodo del minimo comun denominatore. Secondo il primo metodo «I giudici dovrebbero procedere ad una analisi sistematica delle tradizioni costituzionali comuni in modo da trasporre a livello comunitario, a seconda delle versioni, o la disciplina che garantisce il massimo standard di tutela o, tutt'al contrario, quella che fornisce il minimo standard di tutela. Secondo la prima variante, dunque, i giudici dovrebbero analizzare i sistemi giuridici nazionali allo scopo di individuare quella tra le soluzioni proposte in grado di garantire la più ampia tutela alla situazione giuridica di vantaggio di volta in volta in questione» (p. 11).

«un provvedimento normativo favorisce un diritto fondamentale a detrimento di un altro»⁶⁰.

Inoltre l'ampiezza della portata della Carta, che trova applicazione in tutti i campi di competenza dell'Unione, comporta una difficile individuazione del più alto livello di protezione.

Alla difficoltà metodologica si aggiunge nei fatti una vera e propria questione di separazione dei poteri⁶¹. Le scelte normative dell'Unione, infatti, risentono necessariamente di una ponderazione tra interessi pubblici e privati concorrenti e, dal momento che quasi tutti i diritti consentono una qualche forma di limitazione, la questione cruciale è quella di valutare il corretto equilibrio tra questi due interessi (quelli individuali contrapposti all'interesse pubblico) potenzialmente confliggenti.

Nel tempo la Corte ha modellato il controllo sul corretto bilanciamento servendosi di canoni decisionali trasfusi da esperienze nazionali. La Corte di giustizia, infatti, «definisce questa ponderazione mediante l'applicazione dei diversi elementi del principio di proporzionalità»⁶².

Il principio di proporzionalità, nato nel processo amministrativo ma esteso a diverse branche del diritto, ricopre un ruolo indispensabile nel riconciliare diritti, interessi e valori confliggenti e per questo ha avuto un discreto successo nel diritto europeo⁶³. Specialmente nel contesto europeo, difatti, il principio si rivela efficace per la sua duplice veste: a monte, nella determinazione dei poteri dell'Unione e «as

⁶⁰A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, cit., p. 877. Cfr., in questo senso, J.H.H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standard and values in the protection of human rights in the European legal space*, cit., p. 108.

⁶¹La pensa così, B. DE WITTE, *The past and future role of the ECJ in the protection of human rights*, in ALSTON P. (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 1999, p. 881.

⁶²A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, cit., p. 878.

⁶³Per una analisi approfondita, in chiave comparata, del principio di proporzionalità cfr. A. BARAK, *Proportionality, Constitutional rights and their limitation*, Cambridge press, Cambridge, 2012. Sul principio di proporzionalità quale tecnica decisoria nel contesto europeo A. PETERS, *Proportionality as a global constitutional principle*, in *Mphil research paper series*, 10/2016; M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Mucchi editore, 2015; M. KLATT e M. MEISTER, *The Constitutional structure of proportionality*, Oxford university press, Oxford 2012. éer un'analisi dell'utilizzazione (timida) del principio da parte della Corte costituzionale italiana cfr. M. CARTABIA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Studi della Corte, www.cortecostituzionale.it, 2013.

a “limit-limit” when restricting the exercise of fundamental rights and freedoms»⁶⁴, e nella fase successiva del controllo giudiziario

In particolare, la Corte si avvale del controllo sulla proporzionalità dei mezzi necessari per realizzare un determinato obiettivo politico, verificando il corretto bilanciamento tra interessi pubblici e privati. È chiaro che tale verifica si risolve molto spesso in giudizi di valore non determinati da norme giuridiche⁶⁵.

Così, si nota, la funzione principale dei diritti fondamentali sarebbe quella di conferire ai giudici il potere determinare «linee guida, procedurali e di contenuto, dirette al processo politico»⁶⁶.

La teorica appena esposta, dunque, si mostra scettica nel considerare l'Unione come una organizzazione focalizzata sulla promozione dei diritti umani.

Tale funzionalizzazione, apparentemente spinta dall'approvazione della Carta, infatti, potrebbe minare il sostrato costituzionale europeo che ha una natura composita.

Piuttosto, quello che si propone per un approccio alla questione della tutela dei diritti fondamentali, alla luce della situazione giuscostituzionale messa in rilievo, è di sviluppare tre diversi standard maggiormente rispondenti alla logica costituzionale europea⁶⁷.

Un primo standard dovrebbe trovare applicazione alla politica estera dell'UE, nei confronti degli Stati terzi: «per non prestare il fianco all'accusa di praticare una politica imperialistica, violando il divieto di intervento sancito dal diritto internazionale, la politica dell'Unione europea deve limitarsi in questo campo ad impedire gravi infrazioni contro i diritti umani»⁶⁸;

Un secondo standard, invece, riguarda i meccanismi con i quali l'Unione controlla la situazione generale della salvaguardia dei diritti fondamentali negli Stati membri e, in ragione dell'importante funzione dei diritti fondamentali negli

⁶⁴ A. PETERS, *Proportionality as a global constitutional principle*, cit., p. 5.

⁶⁵ Così A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, cit., p. 878.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Così teorizzati in A. VON BOGDANDY, *L'uropeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma 2004, pp. 289-290.

⁶⁸ VON BOGDANDY A., *L'uropeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?*, cit., p. 289.

ordinamenti giuridici nazionali e nelle culture politiche degli Stati membri, anche questo secondo standard concederebbe una sufficiente libertà di azione all'autonomia nazionale.

Infine «un terzo standard, notevolmente più severo, deve invece trovare applicazione per la tutela giuridica nei confronti degli atti dell'Unione, nonché degli atti degli Stati membri nella misura in cui questi implementano il diritto dell'Unione»⁶⁹.

Si tratterebbe di uno standard uniforme rigido per tutti gli atti delle istituzioni dell'Unione e per gli atti degli Stati membri attuativi del diritto dell'Unione. Lo standard dovrebbe essere utilizzato quale parametro non solo nello scrutinio di legittimità del diritto primario UE, ma anche, sia dalla Corte di giustizia che dalle Corti nazionali nello scrutinio sugli atti di esecuzione del diritto dell'UE.

⁶⁹ *Ull. cit.*, p. 290

Capitolo V

Le proposte interpretative alla luce dei diversi approcci

1. Premessa

L'art. 53 CDFUE è stato oggetto di una discreta letteratura e di diverse letture dottrinali che ne hanno evidenziato, di volta in volta, una funzione diversa fino ad arrivare a posizioni per la quali, l'articolo avrebbe una scarsa rilevanza giuridica e una funzione quale quella di rassicurare gli Stati e il Consiglio d'Europa sul ruolo marginale della Carta.

L'esposizione delle diverse soluzioni interpretative sarà proposta ricalcando lo stesso percorso argomentativo finora seguito.

Si procederà preliminarmente all'esame di quelle letture che sono frutto di un approccio massimalista per poi analizzare le letture di stampo pluralista.

In questa scelta vi è la volontà di rendere chiaro il collegamento intercorrente tra l'approccio prescelto nella definizione dei rapporti interordinamentali e il valore da attribuire ad una norma, come l'art. 53 della Carta, che si presta a diverse letture critiche.

2. L'art. 53 CDFUE in una visione massimalista

2.1. Clausola di risoluzione dei conflitti

Vi è una prima posizione dottrinale in base alla quale la norma rappresenterebbe una classica clausola di risoluzione dei conflitti¹.

Si tratterebbe dunque di uno strumento in grado di risolvere i casi nei quali norme provenienti da diversi ordini legali prevedano diritti fondamentali in contrasto.

¹ Riporta questa posizione, pur non aderendovi, J. B. LIISBERG, cit., in particolare pp. 47-49.

Questa impostazione interpretativa, prende le mosse dalla sostanziale equiparazione dell'art. 53 alle clausole di salvaguardia presenti in altri trattati internazionali in materia di diritti fondamentali.

La Carta si autoproclamerebbe, dunque, quale *standard* di protezione dei diritti fondamentali, di modo che, in caso di conflitto tra diritti fondamentali riconosciuti dalla stessa e i diritti fondamentali riconosciuti dagli strumenti espressamente indicati nella norma (vale a dire le convenzioni internazionali, in particolare la CEDU e le Costituzioni degli Stati membri), questi andrebbero risolti in favore degli strumenti che assicurino una maggiore protezione al diritto fondamentale in considerazione.

Questa interpretazione avrebbe il merito di risolvere i conflitti attraverso una integrazione costante tra le diverse realtà ordinamentali ma è altamente improbabile che la Corte di giustizia se ne avvalga.

Non pare, infatti, ragionevole prospettare che l'art. 53 abbia la funzione di consentire che norme estranee al diritto dell'Unione possano incidere sul contenuto delle norme dell'Unione seppur più favorevoli alla tutela dei diritti fondamentali. Si tratterebbe di una deroga al principio della supremazia del diritto dell'Unione, «deroga per la quale l'art. 53 (...) non offre una base sufficiente»².

Questa interpretazione comporterebbe, in altre parole, il riconoscimento esplicito di una eccezione all'applicazione assoluta del principio del primato del diritto europeo.

Il primato, del diritto europeo, elaborato in via giurisprudenziale dalla Corte europea³ e poi richiamato in modo espresso dal Trattato di Lisbona nella dichiarazione n. 17 allegata all'Atto finale del Trattato, pur non trovando un appiglio testuale nei Trattati è considerato principio fondante del sistema europeo.

Come è stato notato, il principio della prevalenza dello strumento normativo che assicuri il più alto livello di tutela per i diritti individuali «costituisce

² Cfr. G. GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *Diritti dell'uomo*, 3, 2003, p. 9 s.

³ Cfr. CGUE Caso *Costa c. Enel*, C-6/64, 1964 dove si afferma «Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia» poi CGUE caso *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, 1970 e caso *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal*, C- 106/77, 1978.

indubbiamente espressione di civiltà giuridica» pur non risultando facilmente applicabile: «sovente, infatti, la tutela dei diritti dell'uomo presuppone un bilanciamento fra i diritti tra loro confliggenti»⁴.

2.2. segue La ricerca del maggiore livello di protezione

Ebbene, vi è però, come già rilevato, una problematica riferibile all'articolo se interpretato quale clausola di risoluzione dei conflitti che verte sulla individuazione stessa di "livello di protezione" o, per meglio dire, maggiore livello di protezione dei diritti fondamentali.

La definizione può risultare complessa quando uno stesso diritto, magari individuato con un identico *nomen iuris*, sia tutelato sia a livello comunitario che a livello interno: «con quali criteri si potrà affermare (...) che la fondamentale pretesa di ogni persona alla vita (associata, se del caso, alla dignità umana) è garantita meglio in uno Stato in cui l'eutanasia è assolutamente vietata, piuttosto che in un altro, in cui, proprio in nome dell'inviolabile diritto ad un'esistenza dignitosa, si riconosce ad ogni soggetto la facoltà di scegliere come e quando morire?»⁵

I fattori di difficoltà risiedono nella circostanza che i termini del raffronto siano discipline che divergono sia nel contenuto della tutela, sia nei limiti consentiti. Nella maggior parte dei casi, infatti, prediligere una tutela vorrebbe dire inevitabilmente penalizzare la tutela del confligente diritto⁶.

⁴ Così E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Giappichelli, Torino 2014, p.155.

⁵ Così A. FERRARO, *cit.*, p. 550.

⁶ Cfr. G. GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *Diritti dell'uomo*, 3, 2003, p. 10, il quale afferma «il criterio può risultare inidoneo quando al diritto fondamentale di un soggetto (ad esempio, il diritto alla proprietà) si contrapponga il diritto fondamentale di un altro soggetto (ad esempio, il diritto all'abitazione). Accordare a ciascun soggetto la tutela più ampia del proprio diritto risulta in tali casi impossibile. Occorre allora provvedere invece ad un bilanciamento di diritti: una operazione non sempre agevole nell'ambito di un sistema unitario di tutela (ad esempio, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo), ma talora addirittura impraticabile quando la tutela dei diritti si presenti aperta all'apporto di una pluralità di fonti».

La nozione risulta «spesso e, quel che è più grave in casi di importanza massima, insufficiente»⁷.

Secondo alcuni, vi sarebbe un pericolo di natura politico-giuridica dato dalla comparazione tra norme contenute in atti di simile rilievo, dal momento che – si sostiene – definire come più garantista un documento contenente i diritti fondamentali dell'uomo, implicitamente “surclassa” l'altro documento, ritenendolo limitato o difettoso⁸: «come può riconoscersi autorevolezza e prestigio ad un documento (quale la Carta di Nizza) (...), se si ammette che possa endemicamente presentare delle *defaillance* o antinomie normative da colmare col rinvio alla CEDU o alle Costituzioni nazionali (...)»⁹.

Vi è poi il c.d. problema della contestualizzazione delle tutele dei diritti fondamentali¹⁰.

Una serie di ragioni infatti spingono a ritenere che sia più opportuno ricostruire e applicare i diritti fondamentali nel contesto in cui nascono.

Sebbene ci si trovi in presenza di società e di ordinamenti vicini tra loro, infatti, vi è pur sempre una significativa differenza nella protezione dei diritti fondamentali.

La protezione del diritto è, inoltre, influenzata dal fattore temporale: il passare del tempo può comportare una diversa prospettazione di tutela per lo stesso diritto.

Infine, sarebbe inappropriato avvalersi di valutazioni in ordine alla migliore/peggiore tutela di un diritto in una società rispetto ad un'altra in

⁷ G. ZAGREBELSKY, *Intervento*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile, Firenze 25 giugno 2001, Cedam, Padova 2002, p. 64 ss. Secondo l'A., infatti, il criterio della maggiore o minore protezione dei diritti sarebbe «completamente fuori gioco» dal momento che la nozione «poteva valere soddisfacentemente quando i diritti operavano, secondo la loro concezione classica liberale, come limitazione negativa del potere pubblico al servizio della intangibilità di ambiti di interesse e di attività libere, riservate al (potere) privato (...) [e non ora che] siamo di fronte non a singoli diritti, ma a situazioni di conflitto tra diritti che sono sciolte all'interno di equilibri resi possibili da istituti e istituzioni giuridiche».

⁸ Così A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1, 2002, p. 40 ss. Concepire l'art. 53 della Carta come uno standard minimo garantito vorrebbe dire ignorare «che una tutela dei diritti fondamentali più debole o più forte risulta da componenti notevolmente differenti come sa ogni giurista influenzato dalla dogmatica costituzionalista tedesca».

⁹ A. FERRARO, *cit.*, p. 551.

¹⁰ Lo definisce così G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, p. 3422 ss.

situazioni di conflitto non misurabili da un punto di vista meramente quantitativo¹¹.

La situazione potrebbe avere addirittura dei risvolti paradossali dal momento che mentre l'integrazione interordinamentale è preposta proprio alla «contestualizzazione delle diverse tutele ai differenti livelli», in sede sovranazionale si potrebbe invece produrre una «de-contestualizzazione della tutela del singolo diritto fondamentale» data da una maggiore difficoltà del bilanciamento: il rischio in cui si incorrerebbe «è quello di un complessivo abbassamento del livello di tutela in tutto il sistema dei diritti fondamentali»¹².

Infine, sarebbe necessario stabilire in via definitiva l'organo preposto a decidere sul livello di protezione da utilizzare come parametro per valutare surplus o deficit di tutela¹³.

2.3. Clausola di ingresso nuovi diritti

Una diversa interpretazione, rintraccia nell'articolo 53 la norma attraverso la quale dare ingresso, nel contesto europeo, a nuovi diritti.

Come si è detto, è la natura intrinseca dei diritti umani a richiedere una interpretazione degli strumenti di tutela in forma dinamica in modo da permettere ai giudici di tenere il passo con il mutamento della coscienza sociale, con gli sviluppi politici e con l'innovazione tecnologica. Questa comprensione dovrebbe valere anche per la Carta.

Tale posizione, però, non può essere intesa quale indicazione generale sull'evoluzione della giurisprudenza sui diritti fondamentali della Corte di giustizia.

Una tale *intentio legislatoris*, infatti, sarebbe dovuta trasparire in molto più chiaro ed intenso dalla dizione della disposizione o, perlomeno, se ne sarebbe dovuta trovare traccia dai lavori preparatori¹⁴.

¹¹ Di questo avviso O. DUE e C. GULMANN, *Community Fundamental Rights as Part of National Law*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Giuffrè, Milano 1998, p. 409.

¹² G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, cit., p. 3422.

¹³ Di cui subito appresso.

¹⁴ Sui lavori preparatori all'art. 53 CDFUE v. *supra* Cap. III par. 1.1.

Tale impostazione inoltre non ha finora trovato seguito nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

2.4. Clausola di espansione dei diritti esistenti

In maniera strettamente correlata alla lettura precedente si potrebbe ritenere che l'art. 53 della Carta abbia capacità di orientare il giudice europeo verso un'interpretazione dei diritti "che non pregiudichi né sminuisca il significato dei diritti garantito vuoi dalle Costituzioni nazionali degli stati membri, vuoi da altri strumenti internazionali di tutela".

Tale criterio estensivo «si dipanerebbe verticalmente, vale a dire nella profondità del contenuto del diritto fondamentale, ma non orizzontalmente, nella generazione, a partire dal diritto, di altri diritti»¹⁵.

L'art. 53 sarebbe dunque una fonte per la "scoperta" di diritti più estesi rispetto a quelli che si trovano nella Carta.

In questo caso la situazione non dovrebbe necessariamente implicare un conflitto tra le Costituzioni nazionali e misure comunitarie. La teoria potrebbe essere utilizzata in tutti i tipi di rapporti.

L'art. 53, in altre parole, potrebbe avallare l'opera di interpretazione espansiva dei diritti alla luce non solo della CEDU, ma anche delle costituzioni degli Stati membri e delle convenzioni internazionali.

Bisogna però rilevare che non sarebbe necessario l'articolo 53 per una lettura estensiva ed evolutiva dei diritti contenuti nella Carta. Difatti, oltre ad essere un'attitudine connaturata a tutti i *Bill of rights* quella di avere una dimensione dinamica, nel caso della Carta europea tale tensione evolutiva è confermata in maniera espressa.

Nello stesso Preambolo della Carta, infatti, si esplicita la natura dinamica del testo, quando si afferma che «è necessario, rendendoli più visibili in una Carta,

¹⁵ E. STRADELLA, *I diritti fondamentali nelle Corti. Primi spunti per una definizione della "fondamentalità" dei diritti nel diritto comparato*, Convegno annuale "Gruppo di Pisa" 2016 Università di Cassino *Cos'è un diritto fondamentale?*, in www.gruppodipisa.it, 2016, p. 5.

rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici»¹⁶.

2.5. Clausola interpretativa

Altra parte di dottrina ha identificato nell'art. 53 una clausola interpretativa.

In questo senso l'art. 53 imporrebbe alla Corte di giustizia una interpretazione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta come non lesiva dei diritti contenuti negli altri strumenti richiamati dall'articolo senza per questo autorizzare una disapplicazione del diritto dell'Unione.

Sarebbe dunque la Corte di giustizia a valutare se il livello di protezione di un diritto fondamentale all'interno di uno Stato membro è superiore oppure no a quello scaturente dalla disposizione europea.

Nel caso lo consideri superiore potrà decidere «di dare alla norma europea un'interpretazione analoga a quella fornita in ambito nazionale (...) o altrimenti potrà decidere liberamente di applicarla secondo il significato attribuito a quello stesso diritto dalla Corte di Strasburgo (...) o ancora potrà decidere di darle un'interpretazione che diverge sia da quella fornita dalle Corti nazionali che dalla Corte EDU, considerando la propria valutazione ermeneutica più evoluta o garantista»¹⁷.

L'articolo, in altre parole, riconosce il principio del trattamento di miglior favore, orientando l'interprete in caso di concorrenza tra gli strumenti nazionali e sovranazionali. Su quale sia l'organo preposto a tale operazione si è sostenuto che nonostante la disposizione sembri «lasciare anche al giudice ordinario la possibilità di accertare in concreto tale trattamento (...) ma se in tal modo si finisse con lo sterilizzare una norma dell'Unione, sembra preferibile, per ragioni di ordine sistematico, che tale accertamento sia centralizzato in capo alla Corte di giustizia,

¹⁶ Cfr. Considerato 5 del Preambolo alla Carta dei diritti fondamentali (C 364/8).

¹⁷ Così A. FERRARO, *cit.*, p. 552 il quale prende poi in considerazione l'ipotesi nella quale la Corte di giustizia deciderà di non dettare una disciplina unitaria nello spazio giuridico europeo, qualora ritenga che il diritto possa venir meglio tutelato da una disciplina «variegata e quindi conforme alle differenti peculiarità nazionali» (p. 553).

unico organo deputato a dichiarare la non operatività ed ad annullare il diritto sovranazionale»¹⁸.

Considerare l'art. 53 della Carta quale clausola interpretativa, inoltre, permetterebbe di privilegiare l'utilizzo da parte della Corte delle tradizioni costituzionali comuni come fonte di ispirazione per definire il diritto fondamentale nella forma che non leda i diritti riconosciuti nelle costituzioni degli Stati membri.

Infatti, «è sul piano interpretativo che occorre trovare un rimedio alle eventuali divergenze» e questa soluzione chiama in causa in primo luogo gli organi giurisdizionali «i primi e più diretti destinatari di questa disposizione»¹⁹.

Inoltre, la clausola così interpretata si inserirebbe meglio nei rapporti tra il diritto europeo e quello interno e permetterebbe una maggiore flessibilità della giurisprudenza europea nel senso di tenere in conto le esigenze nazionali di pluralismo.

Loïc Azoulai, d'altro canto, sostiene che lo scopo dell'art. 53²⁰ sia quello di rafforzare il primato del diritto europeo imponendo alla Corte di giustizia di indicare le ragioni per cui ha deciso di seguire il livello di tutela dei diritti fondamentali previsto dalle Costituzioni degli Stati membri piuttosto che quello europeo²¹.

Questo obbligo spingerebbe la CGUE ad impegnarsi nell'intrattenere un dialogo con i giudici nazionali, rendendo l'art 53 espressione del pluralismo costituzionale.

Seguendo questo filo logico, infatti, l'articolo in questione impedirebbe il dispiegarsi del principio del primato nel caso in cui vi siano normative europee che non tengano in conto le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

¹⁸ G. BRONZINI, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in R. COSIO E R. FOGLIA, *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, Milano 2013, p. 154.

¹⁹ M. CARTABIA, *Articolo 53*, cit., p. 361.

²⁰ L'A. analizza l'art. II-113 del Progetto di Costituzione per l'Europa, in tutto coincidente all'attuale art. 53 CDFUE.

²¹ AZOULAI L., *Article II-113*, in L. BURGORGUE LARSEN, A. LEVADE AND F. PICOD (a cura di), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, Bruylant, Brussels 2005, pp. 689–714.

3. L'art. 53 CDFUE in una visione pluralista

Le interpretazioni di natura massimalista, come si diceva, sono state accompagnate da diverse letture che risentono di una profonda distanza teorica.

Alcuni autori, ad esempio, hanno ricondotto la portata della norma entro ambiti più ristretti facendo perno su un elemento testuale della disposizione, ovvero attribuendo un maggiore peso interpretativo al riferimento al “rispettivo ambito di competenza” contenuto nell’art. 53²².

Sebbene, a prima vista, infatti la clausola sarebbe del tutto assimilabile alla medesima contenuta nella CEDU – dunque ad una c.d. clausola di salvaguardia – da questa si distingue principalmente per la previsione, nella sola norma della Carta, dell’inciso indicato. Tale specificazione servirebbe a riconoscere i molteplici livelli di attività all’interno del sistema dell’UE²³ e a preservarne l’ambito di applicazione.

Il riferimento, intende «definire, riservando, naturalmente, alla Corte di giustizia il dovuto margine di apprezzamento per dotare di contenuto tale disposizione, le relazioni tra la pluralità di sistemi, fonti normative ed organi giurisdizionali dell’UE»²⁴.

3.1. Clausola di risoluzione dei conflitti...nei rispettivi ambiti di applicazione

²² Così L. AZOULAI, cit., p. 695 ss.; A. M. WIDMANN, cit., pp. 342-358. In una posizione più possibilista U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della “Carta dei diritti fondamentali”)*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’Unione europea*, Laterza, Roma 2004, pp. 256 ss.

²³ Cfr. A. M. WIDMANN, cit., p. 349 il quale sostiene, inoltre, «The phrase appears to recognize that Union law and international agreements each bear upon certain spheres of Member State action. Hence, the rights contained within the Charter are not intended to impinge upon the protections afforded by another instrument, should both apply in a certain context. As such, Article 53 appears to provide a level of protection similar to that of the ECHR. It establishes a core set of rights deemed fundamental for the EU citizen as against the EU institutions and consequent legislation, while ensuring that should national legislation or international agreements afford heightened protections which are applicable, these are to prevail».

²⁴ FAGGIANI V., *Verso la definizione di uno «standard comune» di protezione del diritto ad un processo equo. (Gli effetti della «sentenza Melloni» nello spazio europeo di giustizia penale)*, in *Federalismi.it*, 19, 2014, p. 15.

Il significato della disposizione sarebbe, dunque, quello di precisare che la Carta non attenta alle Costituzioni nazionali nelle materie non di competenza dell'Unione.

Come è stato notato, però, se questo fosse l'unico significato da attribuire alla disposizione, essa sarebbe superflua, perché «pare evidente che la Carta (...) non possa di per sé incidere sulla tutela dei diritti fondamentali al di fuori del campo regolato dal diritto dell'Unione»²⁵.

Tali ricostruzioni dottrinali, pur cercando di attribuire un significato operativo alla norma in esame e basando le proprie argomentazioni su proposte già avanzate e collaudate in situazioni simili, si prestano a numerose critiche.

Prima fra tutte quella in ordine alla difficile esportabilità di soluzioni interpretative raggiunte in sede internazionale. Il processo di integrazione europea è diverso dagli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani. Mentre gli strumenti internazionali sono sussidiari, gli organi di controllo intervengono solo una volta esauriti i ricorsi di fronte ai giudici interni, il sistema di protezione dei diritti fondamentali dell'Unione europea è chiamato ad essere applicato quale sistema integrato e principale.

Come si è già rilevato, l'art. 53 CEDU non fa che confermare il carattere sussidiario della tutela convenzionale che interviene solo nel caso in cui, si siano esauriti i rimedi interni e si assicuri un livello di tutela superiore a quello previsto a livello statale.

La CEDU, come tutti gli strumenti internazionali in materia di protezione di diritti umani, serve a interpretare i sistemi di protezione domestici e, se fosse necessario, supplire le carenze di essi.

L'art. 53 CEDU così interpretato non comporta un sovvertimento del sistema di tutele perché la natura sussidiaria della protezione internazionale permette che, qualora le autorità nazionali valutino come più tutelato un diritto nel regime interno, la questione si arresti a livello interno senza arrivare all'esame della Corte di Strasburgo.

²⁵ G. GAJA, *cit.*, p. 9 s.

Stesso non può dirsi per lo spazio giuridico europeo, dove la Carta «acquisisce il ruolo di protagonista»²⁶ e il giudizio della Corte di giustizia non è sussidiario ma piuttosto, attraverso il rinvio pregiudiziale, integrato e connesso a quello nazionale.

In più nel caso in cui l'autorità nazionale, nelle materie di competenza dell'Unione, rilevi una tutela statale potenzialmente più elevata, non solo non potrà evitare di rivolgersi alla Corte di giustizia e applicare la tutela statale ma, nella maggior parte dei casi, dovrà in ogni caso procedere all'applicazione del diritto europeo.

3.2. segue La creazione di un organo terzo per risoluzione conflitti

Sulla scorta di questa stessa chiave di lettura, vi è infine chi auspica nella creazione di un organo terzo per la risoluzione delle antinomie²⁷.

Questa impostazione tende a voler mettere in luce l'esigenza di distinguere i conflitti tra norme nello spazio giuridico europeo da quelli all'interno dei confini nazionali.

Presupposto di tale concezione è l'approccio pluralistico all'interazione tra gli ordinamenti giuridici nell'Unione, ovvero l'esistenza di uno spazio di interazione tra una pluralità di ordinamenti giuridici delineata non da un punto di vista gerarchico ma secondo un diverso grado di riconoscimento.

Questo modello pluralista, come si è visto, concepisce l'Unione europea e gli Stati membri come sistemi giuridici autonomi non costituzionalmente dipendenti l'uno dall'altro, i cui rapporti sono regolati dal diritto internazionale.

²⁶ Così R. ALONSO GARCÍA, *Las clausolas horizontales de la Carta del los derechos fundamentales* in E. GARCÍA DE ENTERRIA, *La encrucijada constitucional de la Unión europea*, Civitas, Madrid 2002, p. 102 anche in it. Id. *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2002, pp. 1 ss.

²⁷ Suggestiscono questa strada N. MACCORMICK, *Questioning sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 102 ss.; C. U. SCHMID, *From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts Between the European Union and the Member States Through Principles of Public International Law*, European University Institute working paper n. 98/7, 1998. Accenni anche in GAJA G., *New instruments and institutions for enhancing the protection of human rights in Europe*, in ALSTON P. (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 783-784. Sul punto si v. A. Torres Perez, *Conflicts of rights in the European union*, Oxford University press, Oxford 2013, pp. 62-64 la quale parla di «supra-judicative institution for conflict resolution».

Per questo anche i conflitti tra diritti saranno composti da organi internazionali di arbitrato e di conciliazione. Tali teorie, in altre parole, colmano le lacune dei Trattati in ordine alla risoluzione dei conflitti internazionali con i principi di diritto pubblico internazionale.

L'organo di conciliazione, secondo la ricostruzione di Schmid²⁸, alla luce della particolare natura dell'UE – di cui riconosce pur sempre elementi di originalità rispetto agli altri sistemi internazionali – dovrà avere una legittimazione democratica: dovrebbe trovare fondamento in una norma del Trattato, avere una composizione altamente qualificata (giudici delle Corti costituzionali o degli organi di ultima istanza negli Stati membri e giudici della Corte di giustizia) e le sue decisioni dovrebbero essere vincolanti.

Anche Weiler, pur non riferendosi al diritto internazionale, propone la creazione di un Consiglio costituzionale, sulla falsa riga di quello francese, chiamato a risolvere le questioni inerenti alle competenze²⁹. Questo organo, i cui componenti sarebbero selezionati internamente alle Corti costituzionali nazionali e alla Corte di giustizia, pur non avendo una espressa competenza in ordine a conflitti diversi da quelli competenziali, secondo alcuni potrebbe essere visto anche come organo terzo idoneo a dirimere i conflitti tra diritti nei diversi livelli di tutela³⁰.

Proposta simile, parimenti disancorata dal rinvio al sistema internazionale, è quella di Favoreu, il quale si chiede se «di fronte al moltiplicarsi delle sedi giurisdizionali (...) [non] sia necessario dar vita a una sorta di Super-Corte europea per regolare i problemi, una specie di tribunale dei conflitti costituzionali

²⁸ C.U. SCHMID, *cit.* p. 46 s.

²⁹ Così J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, pp. 322 ss. e ID., *The European union belongs to its citizens. Three immodest proposals*, in *European Law Review*, 33, 1997, p. 150 ss. «we propose the creation of a Constitutional Council for the Community, modelled in some ways on its French namesake. The Constitutional Council would have jurisdiction only over issues of competencies (including subsidiarity) and would, like its French cousin, decide cases submitted to it after a law was adopted but before coming into force. It could be seized by the Commission, the Council, any Member State or by the European Parliament acting on a majority of its members».

³⁰ Questa la proposta di A. TORRES PEREZ, *cit.*, p. 64.

europei, col compito di armonizzare i cataloghi e le giurisprudenze delle diverse Corti»³¹.

3.3. Clausola dal preminente valore politico

Il riferimento alle “costituzioni degli Stati membri” contenuto nell’art. 53 della Carta, come visto, ha portato alcuni a ritenere che l’articolo potesse compromettere il principio di *primauté* del diritto europeo. Le Corti nazionali, invocando l’art. 53, potrebbero sostenere che nulla può limitare o ledere il livello di protezione garantito dalle costituzioni nazionali e potrebbero arrivare a dichiarare inapplicabili misure europee contenute in direttive o regolamenti che si intendano contrastanti con il livello di tutela nazionale, più elevato rispetto a quello previsto dall’equivalente diritto contemplato nella Carta.

Proprio alla luce di questo effetto collaterale che una lettura “positiva” dell’articolo può comportare, parte della dottrina ha sostenuto che la norma ha piuttosto un significato giuridico estremamente limitato che certamente non autorizza la CGUE ad applicare le norme costituzionali nazionali in vece del diritto europeo, né permette ai giudici nazionali di uno Stato membro di non applicare la normativa comunitaria in contrasto con norme costituzionali³².

Secondo Liisberg, in particolare, sulla base di un’analisi comparativa con disposizioni analoghe contenute in altri documenti – primo fra tutto l’art. 53 CEDU – e dei lavori preparatori della Carta si può sostenere l’«extremely limited legal significance»³³ della norma.

Dai lavoratori preparatori, come già visto³⁴, si evince che nella prima stesura dell’articolo vi era il riferimento alle “legislazioni nazionali”. Questo inciso aveva sollevato preoccupazioni, soprattutto in ordine alla possibile lesione del primato del diritto europeo, espresse dalla Commissione, dal Consiglio e membri della Convenzione di redazione della Carta. Per questo, in una successiva stesura,

³¹ L. FAVOREU, *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’Unione europea*, Laterza, Roma 2004, p. 255 s.

³² Cfr. J. BERING LIISBERG, *cit.*, p. 42.

³³ *Ibid.*

³⁴ Cfr. *supra* Cap. II par. 1.1

si è modificato il riferimento, sostituendolo con le “costituzioni degli Stati membri” e aggiungendo l’inciso “nel rispettivo ambito di applicazione”.

Anche Lenaerts, attuale Presidente della Corte di giustizia, rileva come durante i lavori preparatori gli Stati membri fossero spaventati dal fatto che un catalogo di diritti europeo potesse emarginare le Costituzioni nazionali. Si temeva che la Corte di giustizia potesse utilizzare la Carta quale “federalising device”, sostituendo i diritti fondamentali così come definiti nelle Costituzioni nazionali con un unico standard comune³⁵.

Liisberg a sostegno di questa tesi porta la giurisprudenza convenzionale sull’art. 53 CEDU – ritenuto dallo stesso identico all’art. 53 CDFUE in quanto a “legal significance” – che ha sempre rifiutato di utilizzare l’art. 53 CEDU come clausola di “migliore protezione” anche quando questo era richiesto da una delle parti in causa (si v., ad es., la posizione assunta dal governo francese nella causa *Open Door*)³⁶. Dunque l’art. 53 CDFUE, al pari dell’omologo contenuto nella CEDU, non dovrebbe far altro che assicurare un minimo standard di protezione³⁷ e la giurisprudenza della Corte EDU sul punto «implies a modest future for its EU Charter equivalent»³⁸.

Come da altri sostenuto, poi, l’art. 53 non impone l’accettazione da parte della Corte di giustizia del superiore standard nazionale di protezione come proprio della Carta ma piuttosto si limita a «stabilire le basi di una politica giudiziale che favorisca la maggiore protezione possibile dell’individuo»³⁹.

³⁵ Cfr. K. LENAERTS, *Exploring the limits of the EU charter of fundamental rights*, in *European Constitutional Law Review*, 8, 2012, p. 376.

³⁶ Cfr. *supra* Cap. II par. 2

³⁷ J. BERING LIISBERG, *cit.*, p. 57.

³⁸ C. VAN DE HEYNING, *No Place Like Home: Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights*, in P. Popelier, C. VAN DE HEYNING e P. VAN NUFFEL (a cura di), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, Intersentia, Cambridge 2011, p.71.

³⁹ Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2002, p. 28. Cfr. in maniera solo parzialmente aderente U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della “Carta dei diritti fondamentali”)*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e costituzione nell’Unione europea*, Laterza, Milano 2004, p. 265 il quale afferma: «Se (...) si esamina con la dovuta attenzione questo articolo [53](...) ci si può render conto che si tratta di una garanzia solo apparente: non solo comparazioni del genere sono nella realtà di grande difficoltà, tanto più se sono stati configurati anche nuovi tipi di diritti, ma soprattutto questa garanzia è limitata agli ambiti di applicazione dei vari sistemi normativi».

Si dovrebbe dunque propendere per una lettura meno ampia della portata della norma. L'art. 53 CDFUE, infatti, sebbene richiami le norme costituzionali interne non per questo autorizza la Corte di giustizia ad applicare norme nazionali "disapplicando" quelle europee, né le Corti nazionali possono *de plano* dichiarare inapplicabili misure europee perché contrarie alle Costituzioni nazionali⁴⁰.

È la stessa lettera dell'articolo, infatti, a mettere in chiaro che "nessuna disposizione della *presente* Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva ...", quasi ad ammettere che però altre fonti (quali ad es. i regolamenti) ben possano avere l'effetto che l'art. 53 mira a prevenire⁴¹.

Di qui bisognerebbe trarre che l'articolo 53 CDFUE ha una rilevanza giuridica minima, avendo il solo obiettivo politico di assicurare che le Costituzioni nazionali non siano sostituite dalla Carta⁴².

Infatti, sebbene si tenda sempre a cercare di attribuire alle disposizioni di un determinato documento normativo un significato giuridico indipendente che dia efficacia ed effettività alla norma, si può anche dare il caso – specialmente in documenti quali i *Bill of rights* – che vi siano alcune disposizioni dettate esclusivamente da ragioni politiche.

Per questo alcuni non escludono che l'articolo 53 sia una disposizione di questo tipo, dal preminente (o esclusivo) valore politico.

Sentenza, Liisberg, «Article 53 ... is a politically useful inkblot meant to serve as an assurance to Member States, and eventually the electorate, that the Charter does not replace national constitutions and that it does not, by itself, threaten other, better or different human rights»⁴³.

⁴⁰ Salvo l'estremo caso dell'attivazione c.d. teoria dei controlimiti italiana o della dottrina Solange tedesca.

⁴¹ Di questo avviso J. B. LIISBERG, cit., p. 35.

⁴² Un'interpretazione di questo tipo contrasta evidentemente con la regola riassumibile nel brocardo latino *ut res magis valeat quam pereat*, o *actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat* (Digesto, 45, I, 80). Ovvero il principio in base al quale l'interpretazione del contratto deve essere orientata nel senso dare un qualche effetto al suo testo anziché alcuno, ciò valendo anche per ciascuna delle sue clausole. Il principio punta alla preservazione dei vincoli giuridici, tendendo quindi a salvare il patto negoziato ed evitando che si dissolva. Si v. in questo senso F. MARQUET, *Commentaire critique de la convention européenne des droits de l'homme, de son organisation judiciaire et de l'arrêt du 23 juillet 1968*, Hors commerce, Anversa 1973, pp. 52 ss.

⁴³ LIISBERG J. B., *Does the Eu Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, in *Jean Monnet Work. Pap.*, 4/01, 2001, p. 57.

3.4. *segue* Clausola di “standstill”

Vi è un'altra lettura che, partendo sempre dal presupposto di una scarsa portata innovativa della norma, riconosce nell'art. 53 una clausola c.d. *standstill*: una clausola di non regressione⁴⁴ in base alla quale la Carta non permetterebbe la riduzione del livello di protezione del diritto fondamentale “attualmente” raggiunto dal diritto comunitario⁴⁵.

Questo troverebbe conferma nelle *Spiegazioni* annesse alla Carta che, come anticipato⁴⁶, fanno riferimento ad un elemento temporale. Questo a voler sottolineare che l'art. 53 “cristallizza”⁴⁷ il livello di protezione dei diritti ad un determinato momento, individuato da Lenaerts, nel tempo in cui la Carta ha assunto valore legale (1 dicembre 2009).

Solo attraverso questa lettura, in combinato disposto con l'art. 52 par. 3 CDFUE, si assicurerebbe l'autonomia dell'ordinamento giuridico europeo: se la Corte EDU, infatti, decidesse di aumentare il livello di protezione di un diritto fondamentale, o espandere il campo di applicazione dello stesso, in modo tale da garantire un livello di protezione superiore a quello, l'indipendenza e l'autonomia dell'ordinamento giuridico europeo verrebbero meno: al fine di conseguire il livello di protezione garantito dalla CEDU, la Corte di giustizia dovrà necessariamente reinterpretare la Carta (*ex art. 52 par. 3 CDFUE*). Viceversa, nel caso in cui la Corte EDU decidesse di abbassare il livello di protezione al di sotto di quello garantito dal diritto europeo, in virtù dell'art. 53 della Carta, alla Corte di giustizia sarebbe preclusa l'interpretazione delle disposizioni della Carta in modo regressivo.

D'altro canto, però, il Trattato di Lisbona pur comportando una ripartenza in campo di tutela dei diritti fondamentali, dopo il fallimento della c.d.

⁴⁴ Sul principio di *non regression* si v. si v. G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de la Union Européenne*, Seuil Paris, 2001, pp. 267-268.

⁴⁵ K. LENAERTS, *cit.*, p. 394 ss.

⁴⁶ Cfr. *supra* Cap. III par. 1.1

⁴⁷ Anche A. FERRARO, *cit.*, p. 549 ritiene che «la novità principale di questa disposizione risiede però nell'aver meglio chiarito e *cristallizzato* per iscritto il livello minimo, al di sotto del quale negli ordinamenti dell'Unione europea la tutela dei diritti dell'uomo non può scendere» (cors. agg.).

Costituzione europea, ha senz'altro preso le distanze da un uso generalizzato del principio di non regressione, ampiamente inteso.

Questa valutazione si basa sulla sorte del c.d. *acquis communautaire*⁴⁸.

Il c.d. diritto acquisito europeo, prima del Trattato di Lisbona, era menzionato più volte dal Trattato di Maastricht e veniva richiamato sia all'art. 2 quale uno degli obiettivi dell'Unione (in particolare tra gli obiettivi dell'Unione, contenuti nell'art. B del Trattato di Maastricht si afferma che «l'Unione si prefigge [...] di mantenere integralmente l'*acquis* comunitario e svilupparlo [...] al fine di valutare in quale misura si renda necessario rivedere le politiche e le forme di cooperazione instaurate»), sia all'art. 3 nel quale si afferma che l'Unione dispone di un quadro istituzionale unico che assicura la coerenza e la continuità delle azioni svolte per il perseguimento dei suoi obiettivi, rispettando e sviluppando al contempo l'*acquis* comunitario.

Questi richiami miravano, tra le altre cose, ad assicurare l'impossibilità per l'Unione di adottare atti regressivi rispetto all'obiettivo di progressiva e crescente integrazione a livello europeo.

Il Trattato di Lisbona ha segnato un passo indietro su questo punto.

Vi sono, infatti, una serie di elementi che ostano dal ritenere ancora valida questa impostazione e, conseguentemente, incidono sulla interpretazione da fornire all'art. 53 quale clausola di non regressione.

Prima di tutto il Trattato di Lisbona ha eliminato il riferimento che l'art. 3 TUE operava al concetto di *acquis* comunitario.

Inoltre, il novellato art. 48 TUE, permette di modificare i Trattati senza più avere quale limite esplicito quello della non regressione e, a corollario di ciò, è anche esplicitamente stata disciplinata la procedura di recesso da parte degli Stati membri all'Unione⁴⁹.

⁴⁸ Oggi definito su http://ec.europa.eu/enlargement/policy/glossary/terms/acquis_en.htm come «the body of common rights and obligations that is binding on all the EU member states. It is constantly evolving and comprises: the content, principles and political objectives of the Treaties; legislation adopted pursuant to the Treaties and the case law of the Court of Justice; declarations and resolutions adopted by the Union; instruments under the Common Foreign and Security Policy; international agreements concluded by the Union and those entered into by the member states among themselves within the sphere of the Union's activities».

⁴⁹ Cfr. art. 50 TUE. Si tratta di un recesso c.d. *ad nutum*, che non richiede ragioni specifiche e non ha natura ricettizia.

Anche nella disciplina delle competenze dell'Unione, si ammette la possibilità che materie rientrate nella competenza concorrente europea, per le quali, dunque, il diritto dell'Unione ha sostituito progressivamente quello nazionale, possano tornare ad essere disciplinate dagli ordinamenti nazionali «nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria»⁵⁰.

In ultima analisi, oggi, il rispetto del c.d. *acquis* comunitario è richiesto solo da parte degli Stati membri che intendono accedere all'Unione europea, comportando così una situazione di paradosso: l'Unione, attenta valutatrice della tutela apprestata ai diritti fondamentali dai Paesi candidati, è quasi del tutto impotente nel caso in cui la violazione dei diritti sia operata dai suoi Stati membri⁵¹.

L'azione dell'Unione non è più unidirezionalmente orientata alla promozione dell'integrazione tra i diversi ordinamenti e quale diretta conseguenza di ciò, non si può più sostenere che sia proiettata verso una ferma attuazione del principio di non regressione in tema di tutela dei diritti fondamentali.

3.5. Clausola pluralista e approccio gianusiano

Vi è poi chi rileva il carattere “duale” della clausola di cui all'art. 53 tanto da richiamare – per la definizione dell'atteggiamento della Corte rispetto all'interpretazione della stessa – Giano, la divinità romana protettrice degli inizi e dei passaggi, capace di rivolgere lo sguardo tanto al passato quanto al futuro⁵².

Secondo Xavier Groussot e Ingrid Olson, infatti, come la figura mitologica, la Corte affronta contemporaneamente il futuro e il passato del diritto europeo: «On the one hand, it reflects the pluralist nature of EU law by

⁵⁰ Art. 2 TFUE.

⁵¹ Su tale sbilanciamento tra Stati membri e Stati candidati all'adesione e, più ampiamente, sull'art. 49 del TUE v. A. ALBI, *Ironies in Human Rights Protection in the EU: Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Conundrums*, in *European Law Journal*, Vol. 15, n. 1, gennaio 2009, 46–69. Parlano di «paradox of the EU's human rights policies» anche P. ALSTON e J. H. H. WEILER, *An Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy*, in *European Journal of International Law*, 9, 1998, p. 661.

⁵² Similmente nella dottrina interna, cfr. L. CAPPUCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, p. 414. La quale ritiene che la massima espansione delle garanzie «prende le forme di un giano bifronte che, attraverso il confronto tra le norme interne e sovranazionali, tende, da un lato allattamento delle garanzie, dall'altro lato ad un loro sviluppo equilibrato e sistemico che può condurre, pur di fronte a condanne dell'Italia per violazione della CEDU, a decisioni che non sfociano necessariamente nell'accoglimento delle questioni».

recognizing the cumulative application of several layers of fundamental rights binding Member States. On the other hand, it strongly protects the level of protection of the Charter and the effectiveness and uniformity of EU law»⁵³.

Tale ambivalenza consente di trovare soluzioni che siano espressione delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri dell'Unione e contemporaneamente mira a dare legittimazione giudizio della CGUE sui diritti fondamentali.

Come sostenuto nella giurisprudenza riguardante l'art. 53 la Corte di giustizia ha creato «a new framework of “situations” with the purpose of allocating the respective scopes of application and protection of the Charter and of national fundamental rights»⁵⁴.

Nei casi *Melloni* e *Åkerberg*, infatti, l'articolo 53 sembrerebbe offrire qualcosa di più di una clausola di non regressione. L'articolo darebbe piuttosto mandato alla Corte di giustizia europea di impegnarsi in un dialogo con le Corti costituzionali supreme⁵⁵.

Anche sul piano interno l'art. 53, come interpretato dalla Corte, sembrerebbe consentire ai giudici nazionali di fare affidamento sulle proprie norme interne di tutela dei diritti fondamentali nei casi in cui l'azione degli Stati membri non è interamente determinata dal diritto dell'Unione (v. nel caso *Åkerberg*). Al contrario, essi non possono contare su norme nazionali nei casi in cui l'azione degli Stati membri non è interamente determinata dal diritto dell'Unione, ad esempio nel contesto del mandato d'arresto europeo (v. nel caso *Melloni*). In quest'ultimo caso, l'articolo 53 della Carta non può essere utilizzato dal giudice nazionale del rinvio quale strumento per applicare lo standard più elevato nazionale di tutela dei diritti fondamentali,

Nei casi di competenza esclusiva europea, però, perché si possa fare affidamento sulle norme nazionali devono sussistere due condizioni cumulative.

In primo luogo, il livello di protezione offerto dalla Carta non deve essere compromesso.

⁵³ GROUSSOT X. e OLSON I., *Clarifying or Diluting the Application of the EU Charter of Fundamental Rights? - The Judgments in Åkerberg and Melloni*, in LSEU, Vol II, 2013, p. 26.

⁵⁴ Cfr. GROUSSOT X. e OLSON I., *Clarifying or Diluting the Application of the EU Charter of Fundamental Rights?*, *cit.*, p. 24.

⁵⁵ Cfr. caso *Melloni* punto 29 e 60, caso *Åkerberg* punto 36.

In secondo luogo, il primato, l'unità e l'efficacia del diritto comunitario non deve essere pregiudicata.

In altre parole, secondo questa impostazione la previsione può essere vista come «a limited or conditioned 'best protection' clause meaning that a local maximum standard may apply depending on a set a very specific circumstances based on the regulatory context of the case and having always the Charter and the uniformity of EU law as an interpretative backdrop. The interpretation of Article 53 of the Charter by the Court appears to us Janusian»⁵⁶.

⁵⁶ GROUSSOT X. e OLSON I., *Clarifying or Diluting the Application of the EU Charter of Fundamental Rights?*, cit., p. 25-26.

Capitolo VI

Una nuova ipotesi ricostruttiva

1. Profili di criticità e punti di forza delle ipotesi finora esaminate

Alla luce delle riportate posizioni dottrinarie risulta chiaro che l'adesione ad una impostazione piuttosto che all'altra comporta delle conseguenze in ordine non solo alla tutela dei diritti fondamentali, ma anche alla stessa concezione del rapporto tra ordinamenti e, infine, alla visione dell'integrazione costituzionale europea.

Muovere da una concezione massimalista, basata su un concetto di integrazione circolare e di primato mobile, infatti, valorizza l'impianto multilivello dell'ordinamento europeo, promuovendo una integrazione "completa" tra i diversi livelli di tutela. In questo quadro, i conflitti sono visti come apparenti e risolvibili in via interpretativa attraverso l'individuazione della massima tutela non sulla base di un criterio gerarchico, ma attraverso un criterio di armonizzazione fondato sul «favore per la più ampia garanzia»¹.

Questo criterio, come si è visto², ha il limite però di operare solo nei rapporti verticali, ovvero nei casi di contrasto tra il diritto di un singolo e l'interesse del potere pubblico (problematica, inoltre, appare la operatività nei casi di rapporti cc.dd. verticali invertiti dove le parti sono le stesse, ma i rapporti ribaltati)³. Seguendo tale impostazione non si tiene in debito conto la conseguenza per la quale alla garanzia di maggiore protezione di un diritto si accompagna in maniera quasi del tutto inevitabile la frustrazione o la riduzione di tutela del diritto

¹ A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico nel contesto europeo*, Giuffrè, Milano 2015, p. 391.

² V. *supra* Cap. IV.

³ In particolare si ritiene abbiano efficacia diretta verticale ed inversa quegli atti dell'Unione per i quali l'individuo non è titolare di una posizione giuridica da far valere contro lo Stato (come invece nel caso dei rapporti verticali), ma è lo Stato a vantare un interesse che, in ultima analisi, comporta un trattamento sfavorevole per il singolo. In questi casi l'individuazione della "miglior tutela" risulta ancora più difficile: può ritenersi migliore la soluzione che privilegi l'interesse pubblico e leda la posizione del privato?

contrapposto (si pensi al classico esempio di contrasto tra la libertà di espressione del pensiero e il diritto alla riservatezza). L'individuazione del punto di contemperamento tra i diversi diritti rientra tradizionalmente nella discrezionalità e nella valutazione del legislatore e, in sede giurisdizionale, può essere censurata qualora non abbia rispettato i criteri di ragionevolezza e proporzionalità⁴.

Individuare quale criterio decisionale quello della maggior tutela, però, prescinde da tali operazioni (di carattere casistico e relativo), assumendo la possibilità di riuscire a quantificare e, in qualche maniera, a gerarchizzare i diritti in conflitto. Come si è tentato di dimostrare, però, tali operazioni appaiono estranee al sistema di tutele sia interno che europeo.

Concepire l'art. 53 CDFUE quale clausola in base alla quale individuare l'interpretazione che garantisca il maggiore livello di tutela, infatti, si scontra con la difficoltà pratica, per la CGUE, di cercare il *best level of protection* a fronte di una molteplicità di diritti in conflitto. Tale criterio interpretativo-decisionale potrebbe comportare l'individuazione, poi, quale “miglior tutela” di una soluzione non necessariamente auspicabile a livello europeo. La scelta di dare prevalenza ad una tutela piuttosto che ad un'altra, infatti, comporterebbe l'adesione della Corte di giustizia ad una delle interpretazioni seguite in un singolo Stato membro così da frustrare la capacità della Corte di veicolare un autonomo catalogo dei diritti rispondente alle esigenze dell'Unione in quanto tale e non di uno degli Stati membri.

Ulteriore perplessità sorge dalla evidente incisione che il canone, così inteso, opera nei confronti del principio del primato del diritto europeo. A partire dalla famosissima *Costa c. Enel*, infatti, il primato del diritto europeo è stato affermato in maniera dirompente tanto da travalicare anche il “confine” delle norme costituzionali nazionali⁵. Come noto, anche l'ordinamento italiano –

⁴ Sul giudizio di bilanciamento in sede giurisdizionale si v. *infra*, sul controllo di ragionevolezza e proporzionalità cfr. M. CARTABIA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Studi della Corte, 2013.

⁵ Sull'irrelevanza del contrasto con le norme interne costituzionali cfr. Corte CEE ord. 22 giugno 1965, *Acciaierie San Michele c. CECA*; CGUE sentenza 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*; CGUE sentt. 26 febbraio 2013, *Melloni e Åkerberg*.

nonostante un'iniziale diffidenza⁶ – ha ancorato la *primauté* europea all'art. 11 Cost. così consentendo delle limitazioni di sovranità a favore dell'Unione europea⁷. L'approccio massimalista, invece, considera la tutela dei diritti fondamentali come avente natura trasversale e superiore tanto da poter costituire una deroga al criterio delle competenze attribuite⁸ cardine della cessione di sovranità a favore dell'Unione da parte degli Stati membri⁹ e di considerare il principio del primato come “retrattile”¹⁰.

Sebbene l'intenzione di questa parte di dottrina sia nobile e miri alla costruzione di meccanismi tali da prescindere dalle difficoltà dei rapporti interordinamentali quando ci siano in ballo i diritti fondamentali, d'altro canto, tale impostazione, se seguita, potrebbe portare a risultati paradossali che comprometterebbero lo stesso fondamento dell'ordinamento europeo.

Non si vuole qui sostenere che la *primacy* del diritto europeo sia un presupposto acquisito e che non debba essere testato anche sul campo ma, al contrario, ammettere la possibilità di deroga al primato sulla base di criteri indefiniti e indefinibili, quali appunto il riferimento al “miglior livello di tutela”, avrebbe quale conseguenza quella di attribuire al primato stesso una natura cedevole tale da minare la stessa legittimazione dell'Unione, basata come noto, sul principio di poteri attribuiti dagli Stati sovrani.

D'altro canto anche l'approccio pluralista così come delineato dalla dottrina richiamata, ha dei nodi problematici che è necessario sciogliere. Considerare l'Unione europea in grado di esprimere un *ethos* costituzionale

⁶ Sull'evoluzione dei rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario cfr. *supra* Cap. I. Per una disamina della giurisprudenza sul punto si v. G. TESAURO, *Relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia*, in *Studi*, www.cortecostituzionale.it, 2012.

⁷ Cfr. *supra* Cap. I. Tale impostazione trova recentissima conferma in Corte cost. ord. n. 24 del 2017 sulla quale v. *infra*.

⁸ Cfr. art. 5 TUE par. 1-2 “1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. 2. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri”.

⁹ Cfr. A. TORRES PÉREZ, *Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter*, cit., p. 147 la quale afferma «constitutional rights are paramount». Sul punto si v., L. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard*, cit., pp. 46-47 e A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, p. 1417.

¹⁰ Su cui v. *amplius* Cap. IV, par. 2.2.1.

portatore di standard autonomi e validi per tutti i contesti europei, infatti, si scontra con la natura *sui generis* dell'ordinamento comunitario che storicamente, culturalmente e giuridicamente si distingue dalle realtà di tipo statale. L'elemento di assonanza è senza dubbio il carattere pluralistico che, come in tutte le democrazie moderne, impone di riconoscere la conflittualità e di ricercare un equilibrio costante tra le diverse istanze parimenti meritevoli di tutela.

Questa costruzione, però, decentra completamente la scelta circa la tutela da apprestare a livello sovranazionale riducendo notevolmente lo spazio di azione delle Corti nazionali e attribuendo alla Corte di giustizia un ruolo di chiusura. Tale valorizzazione del ruolo della CGUE nella dinamica di tutela dei diritti fondamentali, sebbene risponda ad un percorso di progressivo coinvolgimento della Corte nell'integrazione costituzionale europea, non è accompagnata da una contestuale legittimazione della stessa lasciando così presumere che l'esito di una cessione a favore dell'Unione della competenza di dire l'ultima parola in materia di diritti fondamentali pare essere un passaggio al momento connotato da numerose incognite e non sarebbe necessariamente percepito come positivo. Delegare alla CGUE l'individuazione della tutela più appropriata dei diritti fondamentali (e non migliore) nelle controversie rientranti nell'ambito delle competenze dell'Unione, infatti, senza valorizzare le valutazioni operate dalle Corti costituzionali nazionali rischia di snaturare l'essenza stessa del processo di integrazione europea, fondato sul motto dell' "unità nella diversità" e consacrato nel valore attribuito alle identità costituzionali nazionali di cui all'art. 4, par. 2 TUE¹¹.

¹¹ Cfr. Art. 4.2 TUE "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro". Per la dottrina che scorge in tale previsione normativa una "europeizzazione" della teoria dei controlimiti si v., diffusamente, D. TEGA, *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea tra Carta di Nizza e costituzioni nazionali: una poltrona per due?*, in L.S. ROSSI, G. DI FEDERICO (a cura di), *L'incidenza del diritto dell'unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, ESI, Napoli 2008, 182 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di) *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 827 ss. Diversa la posizione assunta da B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts. The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law* 2012, Oxford, 2012, 263 s., nonché in B.

Per questo anche tale impostazione non appare del tutto condivisibile, mirando al pluralismo ma ricadendo inevitabilmente nella contraddizione di attribuire ad un soggetto unico l'operazione di sintesi delle diverse istanze. Negli ambiti di competenza dell'Unione, in altre parole, sarebbe solo l'Unione in grado di esprimere il grado di tutela adeguato.

2. Punti fermi: pluralità e pluralismo

Arrivati a questo punto si potrebbe forse sostenere che, al momento, non esistono ricostruzioni ermeneutiche in grado di dare una completa ed esaustiva spiegazione alla funzione e alla (potenziale) portata dell'art. 53 della Carta e, più in generale, che la massimizzazione dei diritti sia un canone estraneo al contesto costituzionale europeo e non adatto a trovare una sua operatività nella protezione dei diritti fondamentali tra i diversi livelli di tutela. Questo perché, come si è visto, qualsiasi posizione – per quanto argomentata – risente di presupposti controversi o implica conseguenze parzialmente contraddittorie e, in ultima analisi, non del tutto aderenti alle variegate ipotesi casistiche a cui il giudice europeo e quello nazionale devono dare risposta.

Prima di arrivare a tale estrema conclusione, però, è forse il caso di porre in luce alcuni punti fermi che sono emersi dall'analisi compiuta e che si ritiene possano costituire le basi per una rimediazione del canone della massimizzazione.

Tali concetti, peraltro, possono aiutare a comporre le diverse interpretazioni finora fornite dalla dottrina e contribuire all'individuazione di un ruolo – seppur residuale – dell'art. 53 CDFUE che, al di là di enfatiche prospettazioni accademiche, ha avuto una rilevanza del tutto marginale nella giurisprudenza della Corte di giustizia e che invece potrebbe aiutare in un'opera di rilegittimazione di quest'ultima.

Sono rintracciabili, prima di tutto, delle caratteristiche proprie del sistema di tutele europeo e dell'ordinamento dell'Unione in quanto tale. Tali specifiche hanno comportato l'inevitabile non estendibilità al sistema europeo di soluzioni

GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013.

interpretative e di strumenti di salvaguardia appartenenti alla dinamica internazionale, da un lato, e nazionale, dall'altro.

Pluralità di fonti e pluralismo costituzionale sono, infatti, elementi ricorrenti che inevitabilmente si avvicendano nella realtà ordinamentale europea e con i quali è necessario fare i conti per addivenire ad ipotesi ricostruttive che si adattino al contesto europeo.

Con il primo termine – pluralità – si intende fare riferimento alla circostanza per la quale la dimensione europea si caratterizza per una molteplicità di fonti a garanzia dei diritti fondamentali e di organi chiamati a vigilare sul loro rispetto. Secondo alcuni, tale ricchezza di testi normativi sarebbe garanzia di una migliore tutela dei diritti dal momento che, nell'ordinamento multilivello, ciascuna delle Corti che vi opera può migliorare l'operato delle altre, assicurando standard di protezione dei diritti volta a volta "più elevati"¹² e potendo attingere ad un vasto panorama normativo. La proliferazione delle Carte (e delle Corti), però, rende inevitabilmente più difficile conciliare le diverse fonti, «l'accumulo di cataloghi e di protezioni», infatti, non sempre assicura una tutela dei diritti fondamentali più certa¹³. Vi sarebbe tanto un problema di certezza giuridica quanto un indebolimento della protezione concreta del diritto. A ciò si aggiunga, da ultimo, il rischio di una disomogeneità applicativa all'interno dei singoli Stati.

Questo ci conduce al secondo elemento indefettibile emerso dall'analisi della tutela dei diritti nell'ordinamento integrato europeo: il pluralismo costituzionale. L'Unione è nata e cresciuta in uno scenario composito, seppur legato da valori di fondo condivisi espressi oggi dall'art. 2 TUE¹⁴. L'ordinamento giuridico europeo, infatti, è basato su valori che nascono dalle identità dei singoli Stati membri e si compongono diversamente a seconda dei campi e del grado di armonizzazione delle normative. La realtà ordinamentale si è modellata attraverso

¹² La pensa così, tra gli altri, S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli 2005, pp. 76 ss.

¹³ Così FAVOREU L., *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma 2004, p. 254 s.

¹⁴ Art. 2 TUE «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

la mutua alimentazione ad opera di culture, etiche e tradizioni giuridiche differenti¹⁵.

Primo interprete di tale pluralità di fonti e traduttore del pluralismo ordinamentale è il giudice e, più in particolare, il giudice costituzionale latamente inteso (in un'accezione che ricomprenda, quindi, tanto le Corti costituzionali nazionali quanto la Corte di giustizia)¹⁶. L'affidamento alla giurisdizione di tale ruolo cruciale è in parte criticabile ma, come si è giustamente sostenuto, «servono a poco le perorazioni che ammoniscono a non affidare alla sola giurisdizione la responsabilità di fornire prestazioni di unità rispetto al riconosciuto pluralismo dei valori. (...) Nonostante gli auspici, accade ugualmente che tale responsabilità si trovi in molti casi, di fatto, attribuita alla sola giurisdizione»¹⁷. Lo si desidera o meno, dunque, la Corte di giustizia e le Corti costituzionali rivestono un ruolo

¹⁵ L'idea che qui si vuole accogliere di diritto europeo è quella elaborata da A. VON BOGDANDY, *Le droit européen contemporain: Une notion revisitée et non-prédominante avec une nouvelle mission pour le droit comparé*, in G. BANDI – P. DARAK – K. DEBISSO (a cura di), *Speeches and Presentations from the XXVII FIDE Congress*, Wolters Kluwer, Budapest 2016, pp. 129 ss. secondo il quale bisogna cercare una definizione che racchiuda «l'étonnante diversité des ordres juridiques nationaux – Etats forts et Etats moins forts, diversité des structures administratives découlant des traditions anglaise, française, ottomane ou encore postcoloniales, Etats unitaires et Etats fédéraux, diversité du contrôle judiciaire ainsi que de l'enseignement universitaire. S'il est convenablement interprété comme reflétant, structurant et guidant la communication juridique à l'intérieur de l'espace juridique européen, le droit européen confirmera et structurera les liens complexes de l'unité européenne» (p.133-134).

¹⁶ Contrario alla riconduzione della Corte di giustizia tra le Corti costituzionali, L. FAVOREU, *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, San Donato Milanese 2003, p. 252 s. il quale sostiene che il giudice europeo non abbia né la struttura né la composizione di una Corte costituzionale. A sostegno di tale posizione di chiusura, sottolinea come «i giudici non veng[an]o (...) reclutati come nel caso delle Corti costituzionali, ma sulla base di mandati brevi e rinnovabili, quindi a disposizione degli Stati membri» e che «non sono scelti secondo i criteri adottati per la scelta dei componenti delle Corti costituzionali, ovvero a seguito dell'intervento di formazioni politiche dotate di specifiche sensibilità». Questo non garantirebbe all'organo giurisdizionale europeo quella «sensibilità particolare» necessaria per applicare i diritti fondamentali.

¹⁷ Così ZANON N., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, XXXV, 4, dicembre 2015, p. 927. Molto netto sulla questione M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali: Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara*, Ferrara, 7-8 aprile 2016, Jovene, Napoli, 2017, p. 75: «L'ipotesi che un problema politico di primaria importanza come quello che è posto dalla difettosa integrazione raggiunta in Europa possa essere risolto dal «dialogo fra le Corti» è ingenua (ha ragione chi ritiene che quel che viene comunemente chiamato «dialogo» sovente non sia altro che una reciproca actio finium regundorum fra le varie Corti) se non preoccupante (quando ai giudici si chiedono mediazioni sostanzialmente politiche o – come di recente si è fatto – s'immagina ch'essi possano addirittura «strutturare» o «conformare» un ordine costituzionale non si fa un favore ai giudici e non si fa un favore alla democrazia)».

tanto importante quanto delicato nel lavoro di sintesi della molteplicità di Carte e nel pluralismo ordinamentale. La consapevolezza del mutato ruolo dei soggetti chiamati ad occuparsi della tutela dei diritti, però, non vuole arrestarsi alla mera constatazione del dato fattuale.

Si è altresì consapevoli, infatti, dei rischi connessi alla «sovraesposizione del giudice su terreni che non gli dovrebbero appartenere» e al conseguente «addebito [al governo dei giudici] di responsabilità nell'alimentare i conflitti tra culture e valori»¹⁸. Per questo si ritiene che l'individuazione di strumenti volti ad ancorare i provvedimenti giudiziari a standard argomentativi predeterminati possa limitare le deviazioni discrezionali che l'operato della giurisprudenza inevitabilmente può avere.

La formalizzazione di un canone argomentativo avrebbe, infatti, il merito di assicurare una maggiore coerenza delle decisioni che «favorendo una motivazione ordinata e persuasiva»¹⁹ ne garantirebbe l'intelligibilità da parte di tutti gli operatori del diritto (primi fra tutti gli altri giudici costituzionali e non) e dunque potrebbe promuoverne una circolazione delle stesse nei diversi sistemi. Inoltre, un dato affatto secondario, lo standard potrebbe incidere anche sul piano della legittimazione della Corte, «spesso sospetta di travalicare i confini delle scelte giurisdizionali per sconfinare nell'ambito del merito politico»²⁰.

¹⁸ V. ZANON N., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, cit., p. 927. L'A., quale soluzione a tale problema auspica un recupero della «deontologia e un lessico minimali, ispirati al self-restraint, alla judicial modesty». L'A. propone anche una rivalutazione dell'interpretazione meramente testuale degli atti normativi che, «sarà certo considerabile primitiva ma il tenore letterale del testo resta limite e confine di ogni interpretazione pretesamente "conforme"» e conclude «un certo grado di "testualismo" formalista assicura, in fondo, che il governo sia governo delle leggi e non degli uomini». *Contra* G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 202 il quale afferma che il richiamo alla lettera della legge per preservarne la certezza sia da considerare «particolarmente *naïf* (...). Infatti, a chi osservasse che un atteggiamento interpretativo dei testi più rigoroso potrebbe porre un argine alla frammentazione della giurisprudenza si potrebbe opporre che nemmeno quello che appare il più sicuro e incontestabile dei criteri dell'interpretazione, quello letterale (...) riuscirebbe a tanto. In presenza di diversi contesti di senso e valore, nemmeno la lettera è una certezza». Sull'argomento si v. anche SCALIA A., *A matter of interpretation, Federal Courts and the Laws*, Princeton University Press, Princeton 1997, p. 25 ss.

¹⁹ M. CARTABIA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Studi della Corte, 2013, p. 7.

²⁰ *Ibid.*

3. Il necessario bilanciamento...

Altro punto fermo è il passaggio obbligato attraverso la tecnica del c.d. bilanciamento giudiziario²¹. Ci troviamo infatti, in quella che è stata definita «the age of balancing»²², dove il riconoscimento di un catalogo sempre più ampio di diritti ha come conseguenza l'incessante prodursi di situazioni di attrito tra gli stessi.

È necessario, infatti, partire dal presupposto che il conflitto tanto tra norme interne quanto tra norme interordinamentali esista e che il giudice si possa trovare davanti a situazioni nelle quali uno o più diritti non possano avere contemporaneo soddisfacimento. In questo caso, affatto remoto, bisogna contemplare la necessità di bilanciare i principi costituzionali preordinati ai diritti in conflitto²³.

Per questo pensare di poter ricavare dall'art. 53 CDFUE un criterio di scelta sostanziale tra una pluralità di tutele in conflitto si scontra con l'operatività effettiva di tale regola, che non è in grado di stare al passo con situazioni ogni volta diverse e impossibili da categorizzare a priori. La classificazione preventiva,

²¹ Per i primi scritti sul tema del bilanciamento si v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992 e R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 1992 e cfr. anche a commento R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, pp. 513 ss. Precedentemente v. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, pp. 65-103. Per una visione di insieme v. MORRONE A., *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, volume II, tomo II, Giuffrè, Milano 2008, pp. 185-204.

²² Ne parla in questi termini, T.A. ALENIKOFF, *Constitutional law in the age of balancing*, in *Yale Law Journal*, 96/1987, pp. 943-1005.

²³ È nota la efficace contrapposizione tra principi e regole proposta da Robert Alexy. L'A. ritiene che i soli principi, al contrario delle regole che hanno natura inderogabile, possano mirare all'«ottimizzazione» proprio attraverso il bilanciamento (v. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985 trad. ita. a cura di L. Di Carlo, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012). L'A. propone una teoria di bilanciamento c.d. decisivo in base al quale è possibile rintracciare nel giudizio di ponderazione degli elementi quantitativi così stabilire rapporti di proporzionalità aritmetica e risolvere la questione sulla base di una formula matematica. Si v., in particolare, ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, trad. di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998; ALEXY R., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars Interpretandi*, 7, 2002, pp. 131-144; ALEXY R., *On balancing and subsumption. A structural comparison*, in *Ratio Juris*, vol. 16, n. 4, 2003, pp. 433-449; ALEXY R., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, vol. 10, 2005, pp. 97-123.

in altre parole, inevitabilmente comporterebbe la frustrazione delle caratteristiche peculiari che connotano ciascun diritto “in azione”²⁴.

Il bilanciamento, piuttosto, costituisce il perno delle decisioni che coinvolgono diritti fondamentali in grado di dirimere il potenziale conflitto tra i diversi livelli di tutela vista l'impossibilità di individuare proficuamente un criterio giuridico predeterminato che assegni prevalenza in via generale ed astratta ad una delle due situazioni in conflitto. Attraverso l'operazione di bilanciamento, infatti, il giudice è chiamato a scegliere quale norma o interesse ritenere prevalente nel caso concreto o, se possibile, mirare al contemperamento tra le norme o interessi in conflitto²⁵. Il compito del giudice è quanto mai delicato dal momento che manca nel diritto positivo una ordinazione gerarchica dei diritti e che gli “ordini di priorità” tra principi, quando raramente formulati, devono essere considerati «non assoluti, ma tendenziali e defettibili»²⁶. Tali principi, infatti, salvo alcune ipotesi ricostruttive²⁷, non si rapportano secondo un criterio di sovra o sottordinazione formale di talché, secondo una efficace ricostruzione, «non vi p[uò] essere una scienza della loro composizione ma una prudenza nel loro bilanciamento»²⁸.

Dunque, nei giudizi che coinvolgono tutele in conflitto si deve auspicare in un necessario uso della regola del bilanciamento da parte dell'organo giurisdizionale. La tecnica della ponderazione, però, ha i suoi rischi: l'abuso di tale strumento decisionale, infatti, potrebbe svilire il significato dei testi costituzionali,

²⁴ Così come individuati da M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007 la quale raccoglie nel volume esempi di casi nei quali il multiculturalismo, lo sviluppo scientifico e tecnologico e altri fattori “contemporanei”, sollevano nuove esigenze di tutela dei diritti della persona a cui i giudici costituzionali sono chiamati a far fronte.

²⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, p. 200 ss.

²⁶ PINO G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, VIII, 1, 2006, p. 19. L'A. poi aggiunge che la strutturazione dei principi in ordine gerarchico prescinde dalla formulazione letterale del testo costituzionale ma si tratta piuttosto di «un ordine contenutistico assiologico, che viene ricavato da una lettura sostanzialistica della costituzione» (p. 14). Tale gerarchizzazione dei valori costituzionali, dunque, «è comunque estrinseca al testo costituzionale, è sovrapposta ad esso in via interpretativa: è frutto di una operazione di ricostruzione contenutistica e assiologica della costituzione nel suo complesso» (p. 15).

²⁷ Per esemplificare, si può qui fare riferimento alla categoria dei c.d. principi costituzionali supremi elaborata dalla Corte costituzionale italiana, sentenze nn. 1146/1988, 203/1989, e alla dottrina dei cc.dd. controlimiti, elaborata dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 18/1982, 170/1984 e 238/2014.

²⁸ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, p. 170 ss.

dal momento che si potrebbero così relativizzare i diritti²⁹ e rendere del tutto discrezionali le decisioni del giudice costituzionale³⁰.

Nella realtà europea, poi, se da un lato la tecnica del bilanciamento – soprattutto attraverso l'uso del test di proporzionalità³¹ – è già utilizzata dalla Corte di giustizia, dall'altro, non sono mancati casi di “bilanciamento sbilanciato” dove il diritto sociale è stato mortificato a favore della libertà economica. Nelle cause *Viking* e *Laval*³², solo per citare gli esempi più noti, le limitazioni dei diritti fondamentali dei lavoratori (quali il diritto di sciopero) sono state ritenute legittime per il prevalere dell'interesse di garantire la competitività all'interno del sistema europeo.

In questi casi ci si è trovati di fronte ad “bilanciamento ineguale” tra diritti sociali e diritti di libertà nella sfera economica. L'operazione di bilanciamento ha portato – in sede europea – a risultati opposti rispetto a quelli prevedibili nel contesto nazionale. Come rilevato, infatti, «l'eventuale giudizio di prevalenza che scaturisce da tali bilanciamenti conduce a privilegiare il diritto sociale nell'ordinamento italiano e la libertà economica in quello comunitario-europeo»³³.

Di qui ne deriva la tendenziale impossibilità di esportare le operazioni di ponderazione³⁴. Siffatte operazioni, però, come si è tentato di dimostrare, sono

²⁹ Tali problemi sono stati rilevati, in particolare, da G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Editoriale scientifica, Napoli 2001, pp. 231 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 44 ss.; A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in www.costituzionalismo.it, 2007; M. DOGLIANI, *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura, oggi*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, Cedam 1998, pp. 45 ss.; V. ANGIOLINI, *Libertà costituzionali e libertà della giurisprudenza*, in ID. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1992, pp. 13 ss.

³⁰ Sul legame tra bilanciamento, discrezionalità e argomentazione giuridica si v. ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit.; BARTOLE S., *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Diritto e società*, 1982, pp. 605 ss.; DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, Milano 1982; MACCORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978; RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino 1994; SCUDIERO M. e STAIANO S. (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli 1999.

³¹ Cfr. *supra* Cap. IV par. 3.2.

³² Cfr. CGUE sent. 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation (C-438/05)* meglio nota come sentenza *Viking*; sent. 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd (C-341/05)*.

³³ BENVENUTI M., *Tecniche argomentative costituzionali ed esiti decisionali antisociali*, in *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*, Giappichelli, Torino 2010, p. 215.

³⁴ Come sottolinea, seppur in riferimento al solo bilanciamento interno, A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Diritto pubblico*, 2, 2016, «Un diverso inquadramento giuridico del

«consustanziali alle costituzioni pluraliste contemporanee»³⁵. È la stessa Corte costituzionale a ricordarlo quando collega la “massima espansione delle tutele” al «necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela»³⁶.

La Corte ha, dunque, «invocato le responsabilità del legislatore, chiamato in prima battuta a definire l’assetto delle relazioni e dell’armonia tra diritti, e dei giudici costituzionali, responsabili del controllo ultimo sulla ragionevolezza del bilanciamento operato in sede legislativa»³⁷. L’uso della tecnica deve essere per questo “oculato” e l’affinamento delle sensibilità giudiziarie può essere promosso solo con un adeguato sforzo argomentativo degli interpreti che sono chiamati ad esplicitare e a giustificare le scelte che compiono all’esito del controllo stesso. Si tratta di perfezionare quei protocolli argomentativi che le Corti costituzionali hanno elaborato per controllare razionalmente il percorso motivazionale.

A fronte della strutturazione complessa dei diritti fondamentali inserita in un contesto di pluralità di fonti, di pluralismo istituzionale e di forte conflittualità sociale, quindi, la soluzione *de iure condito* è rappresentata dalla necessità di rendere completa e, soprattutto, trasparente l’argomentazione giuridica.

4. ...nel segno della massimizzazione (a parziale rilettura dell’art. 53 CDFUE)

Proprio la ricerca di uno standard motivazionale uniforme ci consente di approdare all’ultima fase della ricostruzione che si intende proporre: una giusta

medesimo caso della vita conduce, invece, a conseguenze diverse perché la base descrittiva della fattispecie legale (*species facti*) si collega ad un elemento prescrittivo, in qualche senso, artificiale, posto dalla legge e non riscontrabile nelle cose». Si v., anche, A. CERRI, *Riflessioni sulla funzione giurisdizionale*, in A. DE NITTO (a cura di), *L’evoluzione del diritto ad opera del giudice*, 2005, pp. 194 ss.; R. BIN, *A discrezione del giudice - Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Franco Angeli, Milano 2013, pp. 102 ss.

³⁵ A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, Relazione per il Convegno dell’Associazione Gruppo di Pisa, Cassino, 10-11 giugno 2016, in www.gruppodipisa.it, p. 30.

³⁶ V. Corte cost. sent. n. 264 del 2012, punto 4.1 cons. in dir.

³⁷ Così L. CASSETTI, *La “ricerca dell’effettività”: dalla lotta per l’attuazione dei principi costituzionali all’obiettivo della “massima espansione delle tutele”*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovene editore, Napoli 2012, p. 20.

ricollocazione del principio della massimizzazione e una rilettura dell'art. 53 nel sistema complesso europeo.

Occorre ripartire dalla considerazione della massimizzazione non come canone decisionale, ma come principio di fondo che ispira e pervade la tutela dei diritti sia a livello interno che a livello sovranazionale.

Il principio, così inteso, va distinto dal canone delle massime tutele che – come si è detto – pur secondo alcuni ancorato all'art. 53 CDFUE non ha mai operato quale canone decisionale, ma piuttosto quale fondamento di operazioni ermeneutiche proprie di organi giurisdizionali chiamati a maneggiare i diritti fondamentali. Si fa particolare riferimento alle operazioni di bilanciamento, da un lato, e all'individuazione dei controlimiti o delle identità nazionali (a seconda che si voglia utilizzare un lessico interno o europeo), dall'altro.

In altre parole, si deve prendere le mosse proprio dalla “presunzione di massima espansione delle libertà fondamentali” coniata dalla dottrina italiana che, seppure «inespressa nel diritto positivo»³⁸, ha trovato il suo fondamento nell'art. 2 Cost. ed è considerata il presupposto costante delle operazioni ermeneutiche che abbiano ad oggetto diritti e libertà fondamentali. Tale presupposto, si crede, debba essere esteso anche alla tutela sovranazionale dei diritti. Il riconoscimento del primato del diritto europeo, infatti, è ancorato all'art. 11 Cost. e non può prescindere dalla costante interpretazione estensiva dei diritti fondamentali. La cessione di sovranità a favore dell'ordinamento europeo, nello specifico, deve essere accompagnata ad un'evoluzione nel campo dei diritti e delle libertà fondamentali e da una stretta legalità dei limiti imposti agli stessi. Estendere tale lettura ai diritti in campo europeo sarebbe il frutto, dunque di una interpretazione combinata degli artt. 2 e 11 della Cost. che, da un lato, assicura il riconoscimento dei diritti fondamentali in una visione sovranazionale e dall'altro consente l'espansione degli stessi (proprio attraverso l'avvicinarsi di tutele diverse da quella meramente interna) a patto che si miri alla massimizzazione.

In questo quadro il crisma dell'inviolabilità, ovvero l'irretrattabilità del nucleo duro dei diritti anche da parte delle norme di diritto europeo con efficacia diretta, costituisce l'estrema espressione della tensione verso la massimizzazione. I

³⁸ Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 41.

controlimiti, come si vedrà a breve, rappresentano le colonne di Ercole oltre le quali l'espansione dei diritti in conflitto non può andare.

Lo stesso principio di massimizzazione, si crede, possa valere anche nell'ordinamento europeo dove l'art. 53 CDFUE da un lato e l'art. 4.2 TUE dall'altro ne rappresentano i fondamenti normativi. La massimizzazione – ai sensi dell'art. 53 CDFUE - è il presupposto interpretativo dei diritti fondamentali e la Corte di giustizia, al pari della Corte costituzionale nazionale, deve ispirarsi ad essa nelle operazioni ermeneutiche che ineriscano ai diritti fondamentali. L'espansione dei diritti, però, non deve spingersi al punto di incidere sulle identità costituzionali degli Stati membri (ai sensi dell'art. 4.2 TUE): tale limite anche in questo caso è il perimetro oltre il quale l'espansione dei diritti non può muovere.

Ebbene, si potrebbe sostenere che, alla luce di quanto detto, vi siano due diverse letture dell'art. 53 della CDFUE dalle quali derivano diverse conseguenze in ordine alla funzione, alla portata e all'impatto della norma sulla tutela multilivello dei diritti e, in ultima analisi, sulla sussistenza di un principio delle massimizzazione nella tutela dei diritti fondamentali.

Secondo una prima ricostruzione, nei rapporti tra sistema interno di tutela e sistema europeo di tutela (comprensivi entrambi di Carte, interpretazioni giurisprudenziali ed eventuali bilanciamenti)³⁹ un conflitto non si porrebbe dal momento che i due sistemi di tutela operano “nel rispettivo ambito di applicazione”. Il principio di attribuzione in base al quale l'Unione agisce solo nell'ambito delle cc.dd. cessioni di sovranità espressamente concesse dagli Stati membri, in altre parole, vige pure in riferimento ai diritti fondamentali e, conseguentemente il rapporto tra i vari livelli di tutela dovrà essere organizzato sulla base di tale suddivisione di competenze. Si applicheranno gli standard europei (come definiti nel testo) negli ambiti di competenza dell'Unione e quelli nazionali nelle situazioni che rientrano nell'ambito strettamente statale.

Tale lettura ha il pregio di dare forma a quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia nella esigua giurisprudenza sull'art. 53 della CDFUE. Così, infatti, non

³⁹ Come rilevato, infatti, nel diritto sovranazionale affiora il vincolo della c.d. cosa interpretata, dove «ciascun complesso normativo è dotato di un giudice suo proprio, da ritenere anche interprete privilegiato» cfr. A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 391. Sul punto si v. anche V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foroit.*, V, 2006, p. 355 ss.

sarebbe intaccato il principio del primato dell'Unione e l'eventuale garanzia "più alta" dagli Stati membri non potrebbe incidere sull'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. D'altra parte, però, tale impostazione non farebbe che svuotare di senso giuridico l'art. 53 relegandolo a mera statuizione politica tesa a riaffermare quanto già noto in ordine ai rapporti tra le normative degli Stati membri e quelle europee e a rassicurare gli Stati su una possibile deroga al principio di attribuzione, vero perno del delicato sistema europeo.

La seconda ricostruzione, invece, intende far residuare un valore giuridico alla norma contenuta nell'art. 53 della CDFUE individuando le massime tutele che devono costituire il principio cardine a cui la Corte di Giustizia deve tendere nel porre in essere il bilanciamento/test di proporzionalità e, finalmente, nel decidere dei conflitti tra norme che abbiano ad oggetto diritti fondamentali. Questa ricostruzione, infatti, parte dall'assunto per il quale i conflitti tra tutele apprestate dall'ordinamento statale e da quello europeo si possono verificare e vadano risolti caso per caso. L'esistenza di tali conflitti, poi, richiede – come si è visto – un necessario bilanciamento che, come si è dimostrato, risente inevitabilmente della diversa sensibilità del giudice che lo pone in essere.

Al fine di non voler rendere del tutto infungibile una tale ricostruzione, è necessario specificare alcuni elementi ulteriori: quando si parla di principio di massimizzazione non si intende riconoscere una applicazione *de plano* del canone massimalista con la conseguente "disapplicazione" della tutela europea eventualmente meno favorevole ma si intende piuttosto sostenere che l'art. 53 CDFUE racchiuda la vocazione massimalista, presupposto di ogni operazione interpretativa che riguardi i diritti fondamentali.

In altre parole, la norma esprime l'aspirazione a che la Corte di giustizia tenga sempre in conto le tutele apprestate a livello nazionale proprio perché la Carta dei diritti fondamentali si fonda anche sulle Costituzioni nazionali e ne vuole essere espressione e sintesi.

La proposta rimane quella di prendere sul serio i diritti fondamentali⁴⁰ e di prendere sul serio il dialogo intergiurisdizionale⁴¹ al fine rendere più capillare la

⁴⁰ Così echeggiando R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna 1982.

verifica, dare atto della pluralità di Carte e rendere piena l'espressione del pluralismo costituzionale europeo che, come si è detto, solo così può tendere alla massimizzazione delle tutele.

Passaggio obbligato, si diceva, è il bilanciamento, che, a fronte di diritti che importano quasi sempre una qualche forma di limitazione, permette di porre in essere una ponderazione tra interessi e posizioni giuridiche concorrenti, pubbliche e private. In sede europea la tecnica dell'equilibrio tra interessi viene formalizzata nel ricorso alle argomentazioni della proporzionalità⁴².

Pertanto la Corte non è chiamata ad applicare meccanicamente il livello di tutela statale, seppure più alto, ma piuttosto, nei casi che rientrano nel suo ambito di competenza deve avere la cura di argomentare più estensivamente sul punto⁴³ pur rimanendo libera di accogliere o meno quanto previsto a livello interno.

Due considerazioni possono valere a sostenere tale ri-lettura dell'art. 53 CDFUE e del suo rapporto con l'art. 4.2 TUE⁴⁴.

In primo luogo, riconsiderare in questi termini l'art. 53 CDFUE può giustificare la pressoché indifferenziata inoperatività sul piano decisionale della clausola. Come si è visto, infatti, la CGUE non si è mai avvalsa dell'articolo – sebbene invocato dai ricorrenti – per decidere una questione. L'art. 53 CDFUE inteso quale clausola generale non può fondare la decisione della Corte, ma deve piuttosto costituire il criterio ispiratore, al pari dell'implicito principio di massima

⁴¹ Si vuole così richiamare il noto scritto di CARTABIA M., *European and Rights: taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 5, 2009, pp. 17-21.

⁴² Sul punto si v. VON BOGDANDY A., *L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma 2004, pp. 285-286, su cui *supra* Cap. IV.

⁴³ Cfr. J.H.H. WEILER, *Epilogue: The Judicial Après Nice*, G. DE BURCA e J.H.H. WEILER (a cura di), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2001, p. 221 il quale afferma «it is critical that such decisions emanate from a tribunal which is capable, and seen to be capable of comprehending the constitutional sensibilities of the member states at issue and communicating that comprehension to its national counterparts».

⁴⁴ Sul rapporto intercorrente tra le due disposizioni si intende qui aderire all'attenta lettura fornita da A. TORRES PÉREZ, *Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter*, cit., pp. 143-144 la quale sottolinea che sebbene a prima vista la portata dell'art. 4.2 TUE possa apparire più ampia di quella dell'art. 53 CDFUE dal momento che il primo si riferisce alle identità nazionali con riferimento alla loro struttura fondamentale, politica e costituzionale mentre il secondo si riferisce ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali come riconosciute dalle costituzioni degli Stati membri, d'altra parte «Article 4(2) TUE and Article 53 Charter intersect in the field of fundamental rights» e in questo campo «Article 53 Charter is more inclusive, since this Article refers generally to constitutional rights, whereas the notion of constitutional identity would be limited to the core constitutional rights» (p. 144).

espansione dei diritti sul piano interno, del processo decisionale stesso. Questo si risolve, sul piano pratico, nell'auspicabile utilizzo di tecniche argomentative più precise in punto di massimizzazione. Infatti, se è vero – come si intende qui sostenere – che il principio del primato non è mobile (ovvero retrattile a fronte di una normativa statale di “maggiore tutela”) è pure vero che nel caso in cui ci si trovi in presenza di contrasti aventi ad oggetto diritti fondamentali, allora la resistenza della *primacy* potrà essere sostenuta solo a fronte di una maggiore legittimazione della stessa che trova il suo fondamento proprio nel principio di massimizzazione. La Corte, in altre parole, qualora si trovi in presenza di questioni che potrebbero essere interpretate secondo un diverso apprezzamento dei diritti contrapposti, non potrà limitarsi a sostenere il principio del primato del diritto dell'Unione (come d'altra parte ha fatto nel caso *Melloni*), ma dovrà indagare sulla tutela del diritto a livello interno mirando alla massima espansione dello stesso entro i limiti dell'identità costituzionale nazionale.

In secondo luogo, e in stretto collegamento con quanto detto, tale lettura dell'art. 53 CDFUE consente di far salvo il principio del primato del diritto europeo, di cui le dottrine massimaliste hanno sempre tentato di dare una lettura elastica e mobile. Il primato del diritto dell'Unione europea, infatti, nel campo dei diritti fondamentali è corroborato dal principio della massima espansione: quando non sorgono contrasti tra le tutele assicurate tra i diversi livelli in quanto il diritto europeo è espressione della massima espansione del diritto allora il primato opera senza bisogno di ulteriori valutazioni; quando invece sorgono conflitti, il primato sarà assicurato senza irrigidimenti delle posizioni delle Corti interne (come la minaccia dell'applicazione o l'applicazione stessa dei controlli), solo se il processo ermeneutico adottato dalla Corte sia ispirato dal principio della massima espansione e se (come si augura) la stessa dia prova di questo attraverso l'argomentazione giuridica.

Un parallelo meccanismo, alla luce della lettura combinata degli artt. 2 e 11 della Costituzione, dovrebbe essere adottato anche a livello interno.

La Corte costituzionale, chiamata a giudicare su questioni che rientrino nel campo di applicazione del diritto europeo, dovrebbe tenere conto di quale sia il “materiale costituzionale” non solo a livello nazionale, ma anche a livello europeo,

così come rintracciabile nella Carta ed espresso nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Sia in ambito statale che europeo, infatti, il nucleo dell'attività giudiziaria ruota intorno alla c.d. *ars interpretandi*⁴⁵ e le Corti costituzionali sono più restie ai cc.dd. accoglimenti o rigetti secchi delle questioni prediligendo piuttosto soluzioni interpretative che concilino le diverse posizioni in campo.

Tale impostazione ben può indirizzarsi verso atteggiamenti “dialoganti”, in base ai quali le decisioni dei giudici costituzionali siano espressione concreta del pluralismo costituzionale europeo.

In altre parole la tensione verso il principio di massimizzazione può tradursi, sul piano decisionale, in un canone argomentativo che sia estrinsecazione del pluralismo europeo⁴⁶. Di qui si intende come in nessun modo l'art. 53 della Carta possa incidere sul primato del diritto dell'Unione europea.

Lo stesso, piuttosto, può costituire una fonte di legittimazione del principio esigendo una posizione proattiva della Corte di giustizia che, nel decidere di questioni che ineriscano ai diritti fondamentali, dovrebbe illustrare le ragioni in base alle quali sia stata portata a prediligere il livello di tutela dei diritti fondamentali previsto da alcune costituzioni nazionali ovvero a seguire una diversa soluzione, perché espressione di un maggior livello di tutela. La disposizione, proprio perché espressiva di pluralismo non potrebbe avallare «il primato di un provvedimento di diritto dell'Unione europea che non tenga debitamente conto delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»⁴⁷.

⁴⁵ Come rileva M. CARTABIA, *European and Rights: taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 5, 2009, pp. 29-31.

⁴⁶ *Rectius* del “pluralismo ordinato” come lo definisce, in riferimento al contesto globale, M. DELMAS-MARTY, *Ordering Pluralism*, Hart Publishing, Oxford 2009 la quale ritiene che più che di una “utopian fusion” o una “illusory autonomy” bisogna parlare di un “Ordering Pluralism” che si rispecchi in un «flexible process of harmonisation that leaves room for believing we can agree on - and protect - common values». V., proprio con riferimento all'ordinamento europeo, M. DELMAS-MARTY, *L'integration europeenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2016, p. 8 «N'oublions pas que nous sommes la seule région où l'on s'efforce de conjuguer juridisme avec pluralisme, d'inventer un pluralisme ordonné. Certes ce pari ambitieux n'est pas gagné mais si nous renonçons à cette ambition, la peur seule ne nous protégera ni du grand désordre, ni d'un ordre juridique hégémonique au profit des plus puissants, qu'il s'agisse des États ou des marchés».

⁴⁷ K. LENAERTS, *L'eredità del procedimento Costa c. ENEL*, in E. FALLETTI e V. PICCONE (a cura di), *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, Editoriale scientifica, Napoli 2016, p. 30.

Parimenti, l'analisi approfondita del caso concreto e la valutazione degli elementi essenziali dei diritti sottostanti, dovranno offrire i fondamenti per argomentare sulla scelta della Corte di non seguire il livello di tutela nazionale apparentemente "migliore".

Nella pratica questo si esplicita nell'esigenza che la Corte di giustizia tenga conto delle peculiarità costituzionali nazionali ed – eventualmente – delle identità costituzionali intese quale limite massimo alla tensione massimizzante. La legittimazione delle sue decisioni nel campo dei diritti fondamentali e il rispetto del principio di massimizzazione sono profondamente connessi alla capacità della Corte di esprimere il processo decisionale attraverso l'esplicitazione del percorso argomentativo seguito.

Nel caso di conflitti tra livelli di tutele, la potenzialità del dialogo intergiurisdizionale risiede, infatti, soprattutto nella leale collaborazione tra Corti e nella fiducia reciproca: nel campo dei diritti fondamentali questo si risolve nell'esigenza, per le Corti costituzionali nazionali, di spendersi nella ricostruzione del "materiale costituzionale" interno e per la Corte di giustizia nel prendere in debita considerazione tali argomentazioni di provenienza nazionale non arrendendosi a pronunce apodittiche o assertive, assicurando una argomentazione completa dei percorsi interpretativi che hanno portato alla soluzione finale.

Dietro l'individuazione delle massime tutele, dunque, non vi è un calcolo quantitativo o una valutazione meramente valoriale. La tutela può dirsi massimizzata quando sia individuato, per il caso concreto, il punto di equilibrio che tenga in conto tutto l'apparato costituzionale disponibile in un contesto come quello europeo caratterizzato da pluralità e pluralismo.

Ebbene, come si è cercato di dimostrare, vi è un nesso funzionale che intercorre tra la teoria della massima espansione delle libertà fondamentali di matrice interna e la clausola rintracciabile nell'art. 53 CDFUE. Entrambe le previsioni, infatti, si rifanno al principio della massimizzazione inteso quale principio generale, stella polare nelle operazioni ermeneutiche che ineriscano ai diritti fondamentali.

Tale principio, si è visto, è implicito nel nostro ordinamento mentre trova una positivizzazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Il diverso riconoscimento, tacito in campo interno ed espresso a livello europeo, non

costituisce un serio ostacolo all'assimilazione delle diverse ricostruzioni ove si tenga in conto di una serie di fattori. Come si sostiene, prioritariamente, il principio – per sua stessa natura e a differenza delle regole – si caratterizza per l'eccedenza di contenuto assiologico e deontologico rispetto a quello proprio delle comuni norme giuridiche⁴⁸. Per individuare e “svelare” tale eccedenza si rende indispensabile sempre, anche a fronte di un principio previsto positivamente, l'opera dell'interprete: «i principi generali – come del resto tutti i principi – hanno natura essenzialmente implicita, in quanto dotati di contenuto deontologico eccedente la loro possibile formulazione, sia quest'ultima dichiarata in disposizioni normative, sia dichiarata dall'operatore interprete»⁴⁹. In altre parole, la previsione positiva dello stesso non ha carattere assorbente ma anzi solitamente (e il caso dell'art. 53 CDFUE ne può costituire un esempio) può rilevarsi insufficiente⁵⁰.

Con particolare riferimento ai canoni regolatori dell'attività ermeneutica, poi, si deve riconoscere il carattere libero dell'attività interpretativa che nasce e si articola secondo massime più di esperienza che normative. La positivizzazione dei criteri ermeneutici, in altre parole, può avere una natura meramente ricognitiva e, con particolare riguardo a norme-principio come quella in esame, non è

⁴⁸ Come è noto, parla di “eccedenza assiologica” E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano 1949, seconda ed. riveduta a cura di G. CRIFÒ, 1971, p. 316 s. il quale sostiene che «siccome le singole norme non rispecchiano se non in parte i principi generali (il che esclude una meccanica equivalenza e convertibilità dei due termini), così i principi generali, in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico, o assiologico che dir si voglia, in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema [...]. In essi principi opera una virtualità ed una forza di espansione, ma non già di indole logica o dogmatica, bensì di indole valutativa e assiologica: forza non già di verità e di ragione teoretica, ma di valori etici e delle loro valutazioni, che gradatamente maturano e si affermano in base a situazioni storiche contingenti». Prima di lui già G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in *Archivio giuridico*, 85, 1921, p. 19-20 rilevava che i principi nella loro generalità superano ogni singola applicazione e nella loro virtualità indefinita non si captano né si esauriscono in specifiche formulazioni.

⁴⁹ F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXVII, 1991, p. 2. Lo stesso A. torna sull'argomento F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2005, dove aggiunge «Il nesso che lega valori e principi (più ancora di quello che lega principi e norme) è un nesso di strumentalità, o meglio, come dice qualcuno, un nesso di strumentalità alternativa (...): nel senso che ad un medesimo assetto di valori possono sempre essere funzionali diversi principi, così come ad un medesimo principio può darsi attuazione tramite regole diverse; tenendo sempre presente che, secondo l'insegnamento di Betti, come le regole non potranno mai esaurire il principio così il principio non potrà mai esaurire il valore».

⁵⁰ Sulla relativizzazione della distinzione tra principi espressi e principi inespressi cfr. S. BARTOLE, *Principi generali dell'ordinamento* (dir. cost.), in *Enc. del dir.*, XXXV, 1986, p. 494 ss.

presupposto indefettibile per la loro osservanza⁵¹. Infine, proprio il raffronto tra la funzionalità del principio della massimizzazione in ambito interno ed europeo può fornire una riprova del ruolo rivestito dai principi ermeneutici al di là e indipendentemente dalla loro positivizzazione: nel contesto italiano il principio della massima espansione dei diritti è stato recepito e seguito dalla giurisprudenza costituzionale senza che lo stesso fosse formalizzato in una previsione normativa espressa; viceversa la CGUE, pur potendo e dovendo far riferimento ad una disposizione che, come si è visto, esprime lo stesso principio come quella dell'art. 53 CDFUE, non l'ha mai tenuta in conto nelle sue pronunce.

5. Per concludere: il caso *Taricco* come esempio di buone e cattive pratiche

Infine, volendo testare la tenuta della ricostruzione teorica proposta, è possibile fare riferimento ad una recente questione che ha coinvolto dapprima la Corte di giustizia, poi la Corte costituzionale ed ora nuovamente il giudice europeo: si tratta della “saga” *Taricco*⁵².

La vicenda, come noto, prende le mosse dal procedimento penale a carico del sig. Ivo Taricco e di altri soggetti imputati per associazione a delinquere finalizzata al compimento di operazioni fraudolente in materia di I.V.A., cc.dd.

⁵¹ *A contrario*, si sostiene che i canoni ermeneutici espressamente previsti dall'art. 12 delle Preleggi siano «superati e che occorre ispirarsi a canoni diversi, capaci di tener conto della collocazione della norma nell'intero sistema ordinamentale (interpretazione sistematica) e, soprattutto, dell'applicazione dei principi etici e giuridici della Costituzione (interpretazione assiologica)» (P. MADDALENA, *I percorsi logici per l'interpretazione del diritto nei giudizi davanti la Corte costituzionale. Relazione tenuta alla XV^a Conferenza delle Corti costituzionali europee “La giustizia costituzionale: funzioni e rapporti con le altre pubbliche autorità”*, Bucarest, 23 – 25 maggio 2011, in www.cortecostituzionale.it, p.7). Come anche rilevato da S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., pp. 496-497, l'uso dei principi generali dell'ordinamento in sede di interpretazione, limitato dall'art. 12, comma 2, disp. prel., ai casi in cui una controversia non possa «essere decisa con una precisa disposizione, ovvero avendo riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe [...] con l'entrata in vigore della Costituzione [...] il tema è venuto progressivamente complicandosi».

⁵² Tra i primi a riassumere in questi termini l'insieme delle pronunce di giudici nazionali ed europei aventi ad oggetto il caso *Taricco* cfr. A. MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giurisprudenza penale web*, 3, 2017.

frodi carosello⁵³ e dal rinvio pregiudiziale operato dal G.U.P. del Tribunale di Cuneo alla Corte di giustizia in sede di udienza preliminare⁵⁴.

Senza dilungarci oltre sulla questione di diritto sottesa al giudizio della Corte di Lussemburgo, sulla quale molta dottrina si è già spesa⁵⁵, basterà qui ricordare che essa concerne la compatibilità col sistema europeo della normativa italiana sulla prescrizione⁵⁶: il giudice rimettente, in particolare, riteneva che la disciplina codicistica in tema di limiti massimi di estensione del termine prescrizionale a seguito di interruzione (artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p.) producesse una inesorabile prescrizione dei reati ascritti agli imputati comportando, dunque, una situazione di generale impunità con conseguente lesione degli interessi finanziari dell'Unione europea.

La Corte di giustizia nella sentenza dell'8 settembre 2015⁵⁷, ha dato risposta ai quesiti interpretativi del giudice comune⁵⁸ imponendo allo stesso

⁵³ Nello specifico il caso aveva ad oggetto l'evasione fiscale di centinaia di milioni di euro attuata mediante operazioni fraudolente d'importazione di champagne basate sull'emissione di fatture fittizia al fine di ottenere crediti di imposta per operazioni inesistenti da parte di società c.d. cartiere costituite od utilizzate appositamente a detto scopo.

⁵⁴ Cfr. Tribunale di Cuneo, ord. 17 gennaio 2014 sulla quale si v. nota di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?*, in *DPC*, 7 febbraio 2014.

⁵⁵ Cfr. *infra* la ampia dottrina a commento della sentenza del giudice europeo e dell'ordinanza del giudice costituzionale italiano.

⁵⁶ Per un'analisi approfondita della questione sottesa si rinvia a F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?*, cit.

⁵⁷ Cfr. CGUE, sentenza 8 settembre 2015, C-105/14, caso *Taricco e altri*. Per la dottrina sulla sentenza della CGUE si v. G. CIVELLO, *Il "dialogo fra le quattro corti: dalla sentenza "Varvara" (2013) della CEDU, alla sentenza "Taricco" (2015) della CGUE*, *Arch. pen.* 2015, n. 3, p. 783 ss.; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2015; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2015; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: un'ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2015; M.L. FERRANTE, *Il tentativo di erodere il principio di legalità in alcune sentenze "multilivello"*, *Arch. pen.on line*, 1, 2016 n. 1. C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in www.sidi-isil.org, 15 settembre 2015; G. CIVELLO, *La sentenza «Taricco» della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in www.archiviopenale.it, 3, 2015; M. LASSALLE, *Taricco kills two birds with one stone for the sake of the PIF*, in www.europeanlawblog.eu, 27 ottobre 2015; S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in www.archiviopenale.it, 3, 2015; F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2015, pp. 1564 ss.; G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in www.archiviopenale.it, n. 3, 2015; D. SARMIENTO RAMÍREZ, *The scope of application of EU Law and national criminal law: some thoughts on Taricco (C-105/14)*, in despiteourdifferencesblog.wordpress.com, 8 settembre 2015; M. SERRAINO, *Non ogni giorno che passa è un giorno che si aggiunge al libro dell'oblio. La Corte di Giustizia disvela la doppiezza della disciplina interna in materia di prescrizione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22 ottobre 2015; AA.VV., *Atti del Convegno: "Aspettando la Corte*

l'obbligo di disapplicare la normativa interna tutte le volte che la stessa «impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione nel caso»⁵⁹.

In altre parole, la Corte di giustizia ha ritenuto che il regime di prescrizione dei reati (*rectius* il tetto massimo di prescrizione novellato dalla legge *ex Cirielli*) è idoneo a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, par. 1 e 2

costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo”, Roma, Istituto Luigi Sturzo, 4 ottobre 2016, in www.rivistaaic.it, 4, 2016; E.M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in www.processopenaleeggiustizia.it, 1, 2016, pp. 44 ss.; M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in www.giurcost.org/studi, n. 1, 2016, pp. 94 ss.; E. BILLIS, *The European Court of Justice: A «Quasi-Constitutional Court» in criminal matters? The Taricco Judgment and Its Shortcomings*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1, 2016, pp. 20 ss.; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2016; V. FAGGIANI, *Ius puniendi europeo v. controlimiti. Riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/3, 2016, pp. 509 ss.; F. GIUFFRIDA, *The Limitation Period of Crimes: Same Old Italian Story*, *New Intriguing European Answers – Case Note on C-105/14, Taricco*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1, 2016, pp. 100 ss.; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., pp. 63 ss.; E. LUPO, *La Primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 febbraio 2016; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cassazione penale*, vol. 56, n. 3, 2016, pp. 1250 ss.; V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovrersione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016; S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cassazione penale*, vol. 56, n. 1, 2016, p. 362 ss.; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2015; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2016; A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali: Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara. Ferrara, 7-8 aprile 2016*, Jovene, Napoli, 2017.

⁵⁸ Questi i quesiti interpretativi proposti dal Tribunale di Cuneo, ord. 17 gennaio 2014: «a) se, modificando con L. n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano -nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, consentendo la prescrizione dei reati nonostante il tempestivo esercizio dell'azione penale, con conseguente impunità – sia stata infranta la norma a tutela della concorrenza contenuta nell'art. 101 del TFUE; b) se, modificando con L. n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano -nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, privando di conseguenze penali i reati commessi da operatori economici senza scrupoli – lo Stato italiano abbia introdotto una forma di aiuto vietata dall'art. 107 del TFUE; c) se, modificando con L. n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano -nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, creando un'ipotesi di impunità per coloro che strumentalizzano la direttiva comunitaria- lo Stato italiano abbia indebitamente aggiunto un'esenzione ulteriore rispetto a quelle tassativamente contemplate dall'art. 158 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006; d) se, modificando con L. n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano -nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, rinunciando a punire condotte che privano lo Stato delle risorse necessarie anche a far fronte agli obblighi verso l'Unione europea, sia stato violato il principio di finanze sane fissato dall'art. 119 del TFUE».

⁵⁹ Cfr. CGUE, caso *Taricco*, sent. 8 settembre 2014, C-105/14, punto 58.

TFUE e, per questo, il giudice comune è tenuto a dare immediata e concreta attuazione al diritto europeo, disapplicando il diritto interno al sussistere di due requisiti, uno qualitativo (“frode grave”) e uno quantitativo (“numero considerevole di casi”).

Al di là del merito, sul quale vi sono motivi per ritenere che la Corte di giustizia abbia avuto tendenzialmente ragione⁶⁰, il punto nodale della pronuncia, ad avviso di chi scrive, è ancora una volta l’argomentazione utilizzata. La decisione della Corte è stata, infatti, accolta con sorpresa da molta dottrina⁶¹ e, dato ancor più rilevante, nella giurisprudenza interna successiva vi sono stati numerosi dubbi applicativi segnati da posizioni contrastanti dei giudici comuni⁶².

Proprio il compito che il giudice europeo affida al giudice comune, ovvero la valutazione circa la gravità della frode e la quantificazione del numero di violazioni ha generato il succedersi di diversi esiti interpretativi – si v. ad esempio le posizioni opposte assunte dalla Corte di appello di Milano e dalla Corte di

⁶⁰ Non rileva, ai fini dell’esemplificazione proposta, l’analisi del merito della questione per il quale rimandiamo alle giuste osservazioni di R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2016, in partic. par. 5 “Nel merito però la Corte di giustizia ha ragione”, pp. 8-9. Sull’innegabile problema nella disciplina della prescrizione in Italia si vv., tra gli altri, B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Riv. Trim. D.P.C.*, 1, 2016, p. 80, e i ricchi riferimenti dottrinari contenuti in E.M. AMBROSETTI, *La riforma della prescrizione del reato tra progetti legislativi e alternative giudiziarie*, in *Archiviopenale.it*, 2, 2016.

⁶¹ Si vv. le diverse posizioni raccolte in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali: Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara. Ferrara, 7-8 aprile 2016*, Jovene, Napoli 2017.

⁶² Si v. per le diverse posizioni assunte nell’accertamento della “frode grave”, la sussistenza della quale è richiesta dalla CGUE per la disapplicazione degli artt. 160-161 c.p.: Cass., Sez. III, sent. n. 2210 del 17 settembre 2015 (la quale commisura la gravità all’entità dell’evasione) e Corte di Appello di Milano, ord. del 18 agosto 2015 (dove la gravità è invece considerata con riferimento al numero di operazioni fraudolente).

Cassazione⁶³ – sino ad arrivare alla richiesta di intervento della Corte costituzionale invitata dai giudici rimettenti ad applicare i controlimiti⁶⁴.

Tali incertezze applicative e il successivo invito ad azionare i controlimiti sono frutto, ad opinione di chi scrive, di un *iter* argomentativo seguito dalla Corte di Lussemburgo che appare in alcuni punti fin troppo scarno: la CGUE – per quanto qui ci occupa – ritiene che la normativa interna sulla prescrizione leda gli interessi finanziari dell’Unione che, ai sensi dell’art. 325 TUE (peraltro neppure evocato dal giudice del rinvio), devono essere tutelati da misure adottate dagli Stati membri che abbiano carattere dissuasivo ed effettivo. Conseguentemente «in forza del principio del primato del diritto dell’Unione, le disposizioni dell’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l’effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente»⁶⁵ e a ciò non osta il principio di legalità in materia penale sancito dall’art. 49 CDFUE⁶⁶ dal momento che, «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell’ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo

⁶³ Cfr. Corte d’Appello di Milano, ord. 18 agosto 2015 la quale ha ritenuto di valutare la gravità della frode sulla base del numero di operazioni fraudolente commesse; “frode grave” mentre la prima, la Corte d’ Appello di Milano ha ritenuto che il concetto di gravità fosse strettamente connesso con il numero esorbitante di operazioni fraudolente.; Cass., Sez. III, sent. 17 settembre 2015, n. 2210 la quale, in un primo momento, ha fatto rientrare nella casistica oggetto di disapplicazione, e dunque nella nozione di “gravità”, anche una singola frode per ciascun periodo di imposta purché «di importo singolarmente consistente» e, ancora, Cass., sez. IV, sent. 25 gennaio 2016, n. 7514 nella quale la Corte ha ritenuto di estendere il termine prescrizione così come indicato dalla CGUE nella sentenza *Taricco*, in virtù della mancata realizzazione del requisito della “gravità” delle frodi in quanto era stata esclusa l’aggravante prevista dall’art. 61, n. 7, c.p.

⁶⁴ Le q.l.c. sono state sollevate proprio dalla Corte di Appello di Milano, ord. 18 settembre 2015 e dalla Corte di Cassazione, ord. 8 luglio 2016. Sulla prima si v. P. FARAGUNA - P. PERINI, *L’insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d’Appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

⁶⁵ Cfr. CGUE, caso *Taricco*, sent. 8 settembre 2014, C-105/14, punto 52.

⁶⁶ Cfr. Art. 49 CFUE Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene. 1. Nessuno può essere condannato per un’azione o un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l’applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest’ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un’azione o di un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato.

perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana. Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta»⁶⁷.

Ebbene, il punto controverso è costituito proprio dalla diversa interpretazione data, a livello nazionale ed europeo, del principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25 della Costituzione italiana e dall'art. 49 della Carta e al conseguente diverso contemperamento tra interessi finanziari da un lato e riserva di legge penale e libertà individuale dall'altro.

A nulla vale l'inciso "con riserva di verifica da parte del giudice nazionale" con il quale la CGUE apre il paragrafo della decisione dedicato alla disapplicazione⁶⁸, se poi la scelta argomentativa della Corte prescinde da qualsiasi valutazione, anche implicita, in ordine al principio di massimizzazione e si limita a richiamare – in quanto «avvalora tale conclusione»⁶⁹ – la giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 7 CEDU secondo la quale la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall'articolo 7 della suddetta Convenzione, dato che tale disposizione non può essere interpretata nel senso contrario ad un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti.

Il "materiale costituzionale" nazionale sul principio di legalità in materia penale, infatti, non rispecchia tale impostazione e la CGUE ne avrebbe dovuto, quantomeno, dare atto. Secondo l'interpretazione data dalla Corte di giustizia (conforme alla giurisprudenza CEDU), infatti, la materia della prescrizione del reato prescinde dal principio di legalità in quanto attiene alle condizioni di procedibilità del reato: estendere (retroattivamente) i termini prescrizionali rispetto a quelli previsti dalla legge al momento della commissione del fatto in senso peggiorativo nei confronti dell'imputato non violerebbe, pertanto, il principio di legalità dei reati e delle pene.

⁶⁷ Cfr. CGUE, caso *Taricco*, sent. 8 settembre 2014, C-105/14, punto 55.

⁶⁸ *Loc. ult. cit.*

⁶⁹ Cfr. CGUE, caso *Taricco*, sent. 8 settembre 2014, C-105/14, punto 57.

Invece, come rilevato dalla Corte costituzionale italiana, nell'ord. n. 24 del 2017⁷⁰ con la quale si è proposto un secondo rinvio alla CGUE sempre con riferimento al caso Taricco⁷¹, nell'ordinamento giuridico nazionale il regime della prescrizione rientra nell'ombrello di garanzia del principio di legalità in materia penale ai sensi dell'art. 25, comma 2 della Cost.

Di tale discordanza, che ha peraltro enormi risvolti in termini di tutela dei diritti, né la CGUE né tantomeno l'A.G. Kokott nelle sue conclusioni fanno menzione. Quest'ultimo, anzi, si limita ad affermare che se è vero che il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* fa parte dei principi generali del diritto alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che trova riconoscimento nell'art. 49 CDFUE, è pure vero che, diversamente da quanto sostenuto «dal governo italiano, in un caso come quello in esame non si deve però temere un

⁷⁰ Cfr. Corte costituzionale ord. n. 24/2017. Per la dottrina costituzionalistica si v., M. BASSINI e O. POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *Verfassungsblog*; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *ConsultaOnline*, Studi, I, 2017; G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in *ConsultaOnline*, Studi, I, 2017; F. BAILO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurolunitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in *ConsultaOnline*, Studi, I, 2017; P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, in *Verfassungsblog*, 2017; FARAGUNA P., *Diritto UE e principio di legalità penale: il caso Taricco ritorna alla Corte di giustizia*, in *Studium Iuris*, 2017 (in corso di pubblicazione); G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti Comparati*, 20 febbraio 2017; A. GUAZZAROTTI, *I paradossi della vicenda Taricco*, in *laCostituzione.info*, 2017; V. FAGGIANI, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2017; D. TEGA, *Narrowing the Dialogue: The Italian Constitutional Court and the Court of Justice on the Prosecution of VAT Frauds*, in *I CONnect*, 14 febbraio 2017. Per una prospettiva di diritto penale M. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2017; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 gennaio 2017; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017. Per la dottrina di diritto europeo cfr. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Euroius.it*, 2017; D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in *SIDIBlog*, 25 febbraio 2017. Infine, per un originale punto di vista internazionalistico, v. L. GRADONI, *Il dialogo tra Corti, per finta*, in *Sidiblog*, 8 febbraio 2017, il quale intavola un ipotetico dialogo tra due amici di lunga data, la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia dell'Unione europea.

⁷¹ Si noti che l'ordinanza, oltre per i profili di cui si dirà nel testo, è senz'altro degna di nota in quanto rappresenta il terzo rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale. Dopo l'iniziale reticenza fondata su di una interpretazione restrittiva del concetto di organo giurisdizionale, la Corte ha progressivamente affermato la possibilità di proporre rinvio pregiudiziale, dapprima nei giudizi in via principale (ord. n. 103/2008) poi quelli in via incidentale aventi ad oggetto norme prive di effetto diretto (ord. n. 207/2013). Con qui trattata sembra potersi affermare il superamento di tali limitazioni accompagnato ad un generale riconoscimento della possibilità per la Corte di proporre rinvio pregiudiziale alla CGUE.

conflitto con il principio della legalità delle pene. Tale principio, infatti, si limita ad esigere, sotto il profilo di diritto sostanziale, che la legge definisca chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Le norme sulla prescrizione, tuttavia, nulla dicono in relazione alla punibilità di una condotta né alla misura della pena, bensì si pronunciano unicamente sulla perseguibilità di un reato, non ricadendo pertanto assolutamente nell'ambito di applicazione della regola»⁷².

La Corte costituzionale, dal canto suo, chiamata a valutare della sussistenza e della opponibilità dei controlimiti, da un lato sembra seguire pedissequamente i dettami della sentenza *Melloni*, dall'altro afferma con vigore, utilizzando un lessico noto alla Corte di giustizia, la presenza di una identità costituzionale nazionale (traducibile in termini interni di "principio supremo dell'ordinamento" o "controlimite")⁷³. Sotto il primo profilo, infatti l'*iter* argomentativo scelto dalla Corte per addivenire alla formulazione dei quesiti interpretativi da sottoporre alla CGUE si caratterizza, quasi a voler rassicurare il giudice europeo, per la ripetuta conferma del riconoscimento del primato del diritto dell'Unione quale «dato acquisito nella giurisprudenza [costituzionale]»⁷⁴ e dalla specificazione che, a differenza del caso *Melloni*, l'adesione della CGUE alla lettura proposta dalla Corte costituzionale non comporterebbe una lesione del primato del diritto dell'Unione o una compromissione delle esigenze di uniforme applicazione del diritto europeo⁷⁵. Inoltre, come si è anticipato, il fulcro del provvedimento ruota intorno alla individuazione di controlimiti che ostano alla possibilità di disapplicare la normativa interna a favore della efficacia diretta della normativa europea *in malam partem*. In particolare ad essere inciso sarebbe il

⁷² CGUE, caso *Taricco*, sent. 8 settembre 2014, Conclusioni A.G. J. Kokott, punto 115.

⁷³ Cfr. Corte cost. ord. n. 24 del 2017, punto 2 dove afferma «se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo».

⁷⁴ Corte cost. ord. n. 24 del 2017, punto 2. Segnala la "anomalia tipografica" costituita dalla parafrasi numerata di una ordinanza che non trova precedenti negli altri casi di rinvio – se non nella versione tradotta degli stessi – G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, cit., p. 125 il quale aggiunge «Non è dato sapere se e quanto l'innovazione presente nella pronuncia in commento sia stata ricercata consapevolmente dalla Corte costituzionale, ma, in ogni caso, una simile strutturazione può costituire un presupposto strumentale per realizzare un minimo di dialogo in vista della pronuncia pregiudiziale da parte della Corte di giustizia, mettendo quest'ultima nella possibilità di citare (e dunque rispondere analiticamente a) i vari passaggi dell'atto introduttivo del proprio giudizio».

⁷⁵ Corte cost. ord. n. 24 del 2017, punto 8.

principio di legalità in materia penale, solennemente sancito dall'art. 25, comma 2 Cost., di cui si prospettano due diverse lesioni.

Da un lato, alla disapplicazione in *malam partem* degli artt. 160 e 161 c.p. in relazione a condotte commesse anteriormente alla sentenza del giudice europeo, si accompagnerebbe una applicazione retroattiva di disposizioni penali sfavorevoli, andando così a incidere sul principio del *nullum crimen sine lege* che trova riconoscimento proprio nell'art. 25, comma 2, Cost. Dall'altro lato, anche il requisito della determinatezza che, corollario del principio di separazione dei poteri, deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale sarebbe leso dall'applicazione dell'art. 325 TUE per come interpretato nella sentenza Taricco della CGUE. La pronuncia attribuirebbe infatti un carattere indeterminato alla norma penale dal momento che non offre elementi certi al giudice comune rimettendo alla sua valutazione discrezionale la disapplicazione o meno delle norme interne in materia di prescrizione.

Vi è da notare poi che le motivazioni in punto di diritto, circa l'individuazione di quanto debba ritenersi "inviolabile" ai sensi dell'art. 2 Cost., sono alquanto «stringate e apodittiche»⁷⁶. La perimetrazione dell'identità costituzionale, infatti, appare granitica («non vi è dubbio che il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell'ordinamento»⁷⁷), ma non per questo convincente: in particolare, l'inclusione della prescrizione nel nucleo duro del principio di legalità – oltre a non trovare conferma nella disciplina europea – comporta rilevanti conseguenze in ordine alla possibilità di derogarvi e per questo avrebbe meritato una maggiore ampiezza argomentativa.

Come è noto, infatti, sebbene a partire dal 1988 la Corte costituzionale si sia proposta quale voce qualificata in grado di individuare i principi supremi dell'ordinamento⁷⁸, è pur vero che gli stessi corrispondono a quello che è stato chiamato "nucleo essenziale" dei diritti fondamentali e, dunque, non si identificano con i diritti stessi. Nel caso dei rapporti tra lo Stato italiano e la

⁷⁶ Così P. FARAGUNA, *La Corte costituzionale insegue (e supera) Gauweiler: l'ordinanza Taricco disegna un quadro perfetto per il soggetto sbagliato*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale. Atti del convegno tenutosi all'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017*, Jovene, Napoli, 2017 (in corso di pubblicazione).

⁷⁷ Corte cost. ord. n. 24 del 2017, punto 2.

⁷⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 1146 del 1988.

Chiesa cattolica regolati dal principio concordatario, ad esempio⁷⁹, la Corte ha operato un distinguo tra cosa dovesse ritenersi rientrante nel nucleo duro del principio supremo della tutela giurisdizionale, desumibile dagli artt. 2, 3, 7, 24, 25, 101, 102 della Costituzione, e cosa no. Così, infatti, la Corte ha fatta salva (seppure con un “addizione” in sede di controllo del provvedimento straniero) l’allora operante riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici per le cause di nullità dei matrimoni concordatari⁸⁰ ed ha invece colpito con l’incostituzionalità la riserva a favore dei dicasteri ecclesiastici della concessione della dispensa papale per il matrimonio rato e non consumato⁸¹.

Parallelamente, con riferimento al caso Taricco, non necessariamente il nucleo essenziale del principio di legalità in materia penale deve arrivare a coprire anche il termine massimo di estensione della prescrizione in caso di interruzione.

Certamente è apprezzabile lo sforzo della Corte in termini di leale collaborazione⁸² che, seppure con i *caveat* sopra espressi, ha dimostrato un

⁷⁹ Si fa qui riferimento al noto caso nel quale la Corte costituzionale ha opposto i controlimiti nazionali avverso norme di natura concordataria e per questo dotate della speciale copertura costituzionale di cui all’art. 7 Cost. Cfr. Corte cost. n. 18 del 1982.

⁸⁰ Cfr. Corte cost. sent. n. 18 del 1983, p. 4 cons. in dir. «la Corte [...] ritiene che [...] la riserva alla giurisdizione ecclesiastica delle cause di nullità dei matrimoni canonici trascritti agli effetti civili, pur con le innegabili diversità che nei vari istituti processuali tale giurisdizione presenta rispetto alla giurisdizione statale, non è incompatibile con l’ordinamento costituzionale».

⁸¹ Cfr. Corte cost. sent. n. 18 del 1983, p. 6 cons. in dir. dove la Consulta dichiara l’illegittimità costituzionale «essendo incontestabile che la tutela giurisdizionale dei diritti, pur considerata nel suo nucleo più ristretto ed essenziale, non possa certo realizzarsi in un procedimento, il cui svolgimento e la cui conclusione trovano dichiaratamente collocazione nell’ambito della discrezionalità amministrativa, e nel quale non vengono quindi garantiti alle parti un giudice e un giudizio in senso proprio». La distinzione dall’ipotesi di riserva di giurisdizione per le cause di nullità viene dalla stessa Corte esplicitata: «A differenza di quanto si è, invece, constatato, nelle pagine che precedono, per le controversie relative alla nullità dei matrimoni canonici trascritti agli effetti civili, per le quali la riserva, ugualmente disposta dall’art. 34 del Concordato, opera in favore di organi e di procedimenti aventi natura giurisdizionale. Riserva, quest’ultima, a sostegno della quale, per di più, militano le giustificazioni, d’ordine razionale e politico, sulle quali poggia il vigente sistema concordatario matrimoniale, e che non possono, invece, essere ugualmente addotte per la riserva alla competenza dei dicasteri ecclesiastici, ai fini della successiva loro efficacia civile, dei provvedimenti di dispensa super rato. Infatti la dispensa non concerne - come già si è detto - l’atto del matrimonio, bensì il rapporto matrimoniale, nel presupposto della validità dell’atto».

⁸² A tal riguardo si è parlato di scelta strategica dei giudici costituzionali che hanno così evitato o, perlomeno, rinviato un conflitto aperto con la Corte di giustizia. Cfr. F.BAILO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all’ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, cit., pp. 99 ss e G. PICCIRILLI, *L’unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, cit., pp. 128-131.

proposito dialogante⁸³ ben distante dall'atteggiamento tenuto dal Tribunale costituzionale tedesco (*BVerfG*) che nel c.d. caso Solange III⁸⁴ ha messo in atto l'*Identitätskontrolle*, ovvero lo strumento di verifica della compatibilità del diritto UE con l'identità costituzionale tedesca⁸⁵. L'atteggiamento assunto dal *BVerfG*, a differenza di quello della Corte costituzionale italiana, infatti, esclude completamente la Corte di giustizia dalla possibilità di intervenire su di un ambito – come nel caso *Melloni*, il mandato di arresto europeo⁸⁶ – rientrante tra le competenze dell'Unione.

È totalmente assente nell'ordinanza, poi, come pure nella sentenza della Corte di giustizia, una qualche forma di bilanciamento tra i principi contrapposti: sembrerebbe quasi che la Corte costituzionale, nell'urgenza di opporre il principio di legalità in materia penale quale principio supremo dell'ordinamento italiano, e la Corte di giustizia, nel riaffermare il primato del diritto europeo, abbiano voluto prescindere totalmente da qualsiasi valutazione circa l'eventuale presenza di altri principi altrettanto degni di considerazione (si pensi, ad esempio, al diritto all'oblio⁸⁷ – da un lato – e agli interessi economici dello Stato italiano prima ancora dell'Unione⁸⁸ – dall'altro –).

⁸³ Non è di questo avviso, tra gli altri, L. GRADONI, *Il dialogo tra Corti, per finta*, cit., il quale parla di dialogo “per finta”.

⁸⁴ Cfr. *BVerfG* sent. 15 dicembre 2015 (2 BvR 2735/14) su cui vedi nota P. FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, p. 123 ss.

⁸⁵ Tale strumento è stato desunto dal *BVerfG* (cfr. il noto caso *Lissabon Urteil* 2 BvE 2/08) da una lettura sistematica dell'art. 79.3 GG che individua espressamente l'identità costituzionale tedesca quale limite alla revisione costituzionale, e con l'art. 23 GG – c.d. *Europaartikel* – che estende all'applicazione del diritto UE la verifica del rispetto dell'identità stessa.

⁸⁶ Le due cause, seppur assimilabili dal punto di vista contenutistico – consegna all'Italia di un soggetto a fronte di un MAE emesso all'esito di un processo contumaciale – si pongono su posizioni completamente opposte per l'esito decisionale. Da un lato, il Tribunale costituzionale spagnolo, accertato il livello di garanzie “superiori” apprestate dall'ordinamento spagnolo nei confronti del contumace propone rinvio pregiudiziale alla CGUE senza però invocare alcuna “identità nazionale” sul punto; dall'altro, il *BVerfG*, accertata l'incompatibilità del processo contumaciale italiano con il principio supremo appartenente alla identità costituzionale tedesca della tutela della dignità umana, annulla l'ordine di esecuzione del MAE senza coinvolgere in alcun modo la CGUE.

⁸⁷ Il diritto all'oblio costituisce, insieme al venir meno dell'interesse dello Stato alla pretesa punitiva nei confronti dell'autore di un determinato reato come conseguenza del trascorrere del tempo, il fondamento giustificativo, della prescrizione. Nelle due sentenze della CGUE tale diritto non viene considerato. Per la verità l'A.G. Kokott nelle conclusioni al caso *Taricco* si sofferma sul punto affermando però che «non sussiste un affidamento meritevole di tutela in tal senso» (punto 119). Sul punto si v. P. FARAGUNA, *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti* cit., p. 370.

⁸⁸ Mette in luce la mancata considerazione degli interessi finanziari dello Stato italiano che, nei casi di evasioni fiscali sono incisi ben oltre quelli europei, P. FARAGUNA, *La Corte costituzionale insegue (e*

In particolare, la Corte costituzionale, a fronte della riaffermazione della natura sostanziale della prescrizione, invece, ritiene assolutamente cedevole qualsiasi esigenza di applicazione del diritto dell'Unione europea contrastante con essa, che – come si è visto – va ricondotta nell'alveo del principio di legalità in materia penale e, per questo rientra tra i principi supremi dell'ordinamento.

Regola vuole, per la verità, che la qualificazione di un principio costituzionale quale inviolabile (dunque principio supremo dell'ordinamento) ne escluda qualsiasi forma di revisione da parte del legislatore costituzionale e ne limiti fortemente la possibilità di bilanciamento. Tale ultima eventualità, però, non può negarsi nel caso in cui in contrapposizione si vengano a trovare principi supremi egualmente inviolabili. Ora, nel caso Taricco, un principio costituzionale – dichiarato peraltro dalla Corte costituzionale supremo – si contrappone ad un interesse – quello finanziario dell'Unione –. È chiaro che, se i termini dicotomici rimanessero effettivamente questi, la valutazione della Corte costituzionale – proprio per quella diversa sensibilità del giudice nazionale e di quello europeo nelle operazioni di ponderazione di cui si parlava⁸⁹ – andrebbe comunque nel senso di escludere la possibilità di far assurgere l'interesse economico quale principio supremo dell'ordinamento così spiegando l'assenza di qualsiasi tipo di bilanciamento.

Ebbene, dall'analisi dell'intricato *affaire* Taricco è possibile trarre delle conclusioni in ordine alla funzionalità e al rispetto del principio della massimizzazione, per come lo si intende nel presente lavoro.

Il caso in esame, infatti, può costituire una cartina tornasole di come in materia di massimizzazione, tanto le posizioni dottrinarie quanto quelle giurisprudenziali, non abbiano colto o non abbiano seguito il vero senso del principio stesso.

Come si è visto, infatti, a prescindere da ogni valutazione di merito, la decisione della Corte di giustizia non appare soddisfacente in punto di massimizzazione. La CGUE, infatti, si serve di argomentazioni scarse che fanno

supra) Gauweiler: l'ordinanza Taricco disegna un quadro perfetto per il soggetto sbagliato, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale. Atti del convegno tenutosi all'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017*, Jovene, Napoli, 2017 (in corso di pubblicazione).

⁸⁹ Cfr. *supra* Cap. VI, par. 3.

riferimento in maniera solo parziale ai diversi livelli di tutela (ovvero solo avendo riguardo al sistema convenzionale e non mostrando attenzione a quello interno) e non prendono in considerazione l'eventuale presenza di identità costituzionali nazionali, questo si risolve in un provvedimento poco "digeribile" a livello nazionale tanto da necessitare di in un nuovo rinvio pregiudiziale.

Dall'altro lato, nell'ordinanza della Corte costituzionale, non è il semplice riferimento all'art. 53 CDFUE o l'asserito miglior livello di tutela del principio di legalità a costituire un buon esempio di rispetto del principio massimalista⁹⁰. Piuttosto a situarsi nel cammino volto alla massimizzazione è la volontà, che traspare dall'ordinanza di rinvio, di rappresentare al giudice europeo il "materiale costituzionale" alla base del livello di tutela interno assicurato. Il provvedimento, seppur in alcuni frangenti laconico dal punto di vista argomentativo, offre alla CGUE una visione ampia del contesto nel quale si contrappongono tanto gli interessi economici dell'Unione, quanto le esigenze di diritto all'oblio del singolo, di salvaguardia del principio di legalità in materia penale e della certezza del diritto.

Ulteriore elemento di riflessione è rappresentato dal fatto che il caso Taricco dimostra come la suddivisione dei recinti di operatività dei diversi livelli di tutela su base competenziale, come la CGUE aveva inteso delineare attraverso il quadro sistematico costruito nelle sentenze *Melloni* e *Akerberg Fransson*⁹¹, è facilmente aggirabile e in ogni caso sfugge a tali categoriche classificazioni: la materia oggetto del caso Taricco è, infatti, riconducibile tanto alla persecuzione dei reati all'interno del territorio italiano (dunque sicura espressione di un ambito di competenza statale) quanto alla tutela degli interessi economici dell'Unione (espressamente disciplinata all'art. 325 TFUE). Ebbene, non sembra che tale situazione "mista" possa giustificare l'impermeabilità del giudizio della CGUE rispetto ai diversi livelli di tutela apprestati dall'ordinamento costituzionale italiano né che l'intervento della Corte costituzionale italiana possa prescindere dalla disciplina europea.

Inoltre, anche l'approccio massimalista – che vede la ricerca della miglior tutela su base assiologica quale obiettivo dell'art. 53 CDFUE – pare smentita dalla

⁹⁰ Cfr. Corte cost. ord. n. 24 del 2017, punto 8.

⁹¹ Su cui v. *amplius* Cap. III, parr. 2 ss.

casistica esaminata. In *Taricco*, infatti, viene in rilievo con grande chiarezza il limite operativo che risiede nella teorica della migliore/peggiore tutela. Nel caso di specie, la difficoltà applicativa del canone così interpretato è lampante dal momento che se per la CGUE la miglior tutela è assicurata proprio dal livello di salvaguardia europeo (nonché convenzionale), in quanto l'interesse economico verrebbe solo così tutelato; dall'altro lato, per la Corte costituzionale il *plus* di tutele – come espressamente affermato – è rappresentato dalla previsione interna più garantista: «la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità. Appare a ciò conseguente che l'Unione rispetti questo livello di protezione dei diritti della persona, sia in ossequio all'art. 53 della Carta di Nizza, [...] sia perché, altrimenti, il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani (art. 2 del TUE)»⁹².

Quello che si auspica in un'ottica di massimizzazione dei diritti, invece, è che al di là di qualsiasi statuizione circa la prevalenza di una tutela sull'altra, la CGUE non fondi la propria decisione sulla mera riaffermazione del principio del primato. Tale *ratio decidendi*, infatti, frustrerebbe il principio di massima espansione dei diritti risolvendosi in un provvedimento modesto tanto in termini di persuasività argomentativa quanto in termini di legittimazione dell'organo che lo emana.

Nei termini qui proposti il principio di massimizzazione richiede, infatti, una valutazione ampia, completa e pluralista del “materiale costituzionale” disponibile, comprensivo di tutte le sfaccettature di tutela (come ad esempio la diversa accezione di principio di legalità in materia penale ai sensi dell'art. 49 CDFUE e dell'art. 25 Cost.) e dei diversi interessi in conflitto.

Questo si risolverebbe, secondo buona prassi, nell'adozione di canoni argomentativi in grado di tener conto della pluralità di posizioni e di giustificare, attraverso argomentazioni persuasive, la scelta di volta in volta seguita.

⁹² Cfr. Corte cost. ord. n. 24 del 2017, punto 8.

Bibliografia

AGUILAR CALAHORRO A., *La primera cuestión prejudicial planteada por el tribunal constitucional al tribunal de justicia de la unión europea – auto del tc 86/2011, de 9 de junio*, <http://www.ugr.es/>;

AHMED T., *The EU's protection of the ECHR standards. More protective than the Bosphorus legacy?*, in J.A. GREEN AND C. P.M. WATERS (a cura di), *Adjudicating international human rights, essays in honour of Sandy Ghandy*, Brill Nijhoff, Leiden 2015, p. 99-118;

ALBI A., *Ironies in Human Rights Protection in the EU: Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Conundrums*, in *European Law Journal*, Vol. 15, n. 1, gennaio 2009, pp. 46–69;

ALEINIKOFF T.A., *Constitutional law in the age of balancing*, in *Yale Law Journal*, 96/1987, pp. 943-1005;

ALEMANNO A., *Un 'dietro le quinte' alla tragicommedia Melki: guerra o dialogo tra giudici?*, in *diritticomparati.it*, 13 settembre 2010;

ALEXY R., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars Interpretandi*, 7, 2002, pp. 131–144;

ALEXY R., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, vol. 10, 2005, pp. 97–123.

ALEXY R., *On balancing and subsumption. A structural comparison*, in *Ratio Juris*, vol. 16, n. 4, 2003, pp. 433–449;

ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, trad. di M. La Torre, Giuffré, Milano 1998;

ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985 trad. ita. a cura di L. Di Carlo, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il mulino, Bologna, 2012;

ALONSO GARCÍA R., *Las clausulas horizontales de la Carta del los derechos fundamentales* in E. GARCÍA DE ENTERRIA, *La encrucijada constitucional de la Unione europea*, Civitas, Madrid 2002, pp.151-181;

ALONSO GARCÍA R., *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2002, pp. 1-31;

ALSTON P. e WEILER J. H. H., *An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy*, in *European Journal of International Law*, 9, 1998, pp. 658-723;

AMADEO S., *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito e la tutela "asimmetrica dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2009, p. 720 ss.;

AMALFITANO C. e CODINANZI M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015;

AMALFITANO C., *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *www.sidi-isil.org*, 15 settembre 2015;

AMALFITANO C., *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Euroius.it*, 2017;

AMALFITANO C., *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali. Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4.07.2013, pp. 11 ss.;

AMBROSETTI E.M., *La riforma della prescrizione del reato tra progetti legislativi e alternative giudiziarie*, in *Archiviopenale.it*, 2, 2016;

AMBROSETTI E.M., *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *www.processopenaleeggiustizia.it*, 1, 2016, pp. 44 ss.;

ANGELINI C., *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. un. europea*, 2008;

ANGIOLINI V., *Libertà costituzionali e libertà della giurisprudenza*, in ID. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1992, pp. 13 ss.;

ANRÒ I., *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in A. ODDENINO, E. RUOZZI, A. VITERBO, F. COSTAMAGNA, L. MOLA, L. POLI (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*.

Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche
- VII Edizione Torino 9-10 ottobre 2009, ESI, Napoli 2010, p. 7 ss.;

ANRÒ I., *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in *diritticomparati.it*, 2 febbraio 2015;

AZOULAI L., *Article II-113*, in L. BURGORGUE LARSEN, A. LEVADE e F. PICOD (a cura di), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, Bruylant, Brussels 2005, pp. 689–714;

AZZARITI G., *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Editoriale scientifica, Napoli 2001, pp. 231 ss.;

BAER S., *La Carta dei diritti fondamentali, o dell'ambivalenza?*, in *Dir. Pubbl.*, 3, 2001, pp. 901-922;

BAILO F., *Il principio di legalità in materia penale quale controlimita all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in *ConsultaOnline*, Studi, I, 2017;

BALAGUER CALLEJÓN F., *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, in AA. VV., *Annuario 2006 - La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Jovene, Napoli 2006, pp. 257 ss.;

BALBO P., *Il mandato di arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana: commento delle Decisioni quadro europee 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo e 2005/214/GAI sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie*, Giappichelli, Torino 2005;

BALDASSARRE A., voce *Diritti inviolabili*, in *Encicl. giur. Treccani*, vol. XI, Roma 1989;

BAQUERO CRUZ J., *Cooperación, competencia, deferencia: la interacción entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales en el ámbito de los derechos fundamentales*, in J. M. BENEYO PEREZ (a cura di), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión europea*, tomo II, *Derechos Fundamentales*, Thomson Reuters, New York 2009, pp. 133-138;

BARAK A., *Proportionality, Constitutional rights and their limitation*, Cambridge press, Cambridge, 2012;

BARBERA A., *Commento all'art. 2 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, Bologna-Roma 1975, p. 59 ss.;

BARBERA A., *Intervento*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile, Firenze 25 giugno 2001, Cedam, Padova 2002;

BARILE P., CHELI E., GRASSI S., *Istituzioni di diritto pubblico*, XIV ed., Cedam, Padova 2013;

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna 1984;

BARILE P., *La Costituzione come norma giuridica: profilo sistematico*, Barbera, Firenze 1951;

BARTOLE S., *Principi generali dell'ordinamento (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, XXXV, 1986, p. 494 ss.;

BARTOLE S., *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Diritto e società*, 1982, pp. 605 ss.;

BASILICO A., *Disapplicazione delle leggi interne contrastanti con la CEDU? Il punto di vista della Corte UE*, in *www.rivistaaic.it*, 25 settembre 2012;

BASSINI M. e POLLICINO O., *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *Verfassungsblog*, 2017;

BASSINI M., *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *www.giurcost.org*, Studi, n. 1, 2016, pp. 94 ss.;

BATTINI S., *È costituzionale il diritto internazionale?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 3, 2015, p. 368 ss.;

BENACCHIO G.A., *Fonti del diritto (dir. com.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, pp. 616 ss.;

BENVENISTI E., *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 843 ss.;

- BENVENUTI M., *Tecniche argomentative costituzionali ed esiti decisionali antisociali*, in *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*, Giappichelli, Torino 2010, pp. 212-219;
- BERING LIISBERG J., *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, *Common Market Law Review*, 38, 2001, pp. 1171-99;
- BERNARDI A. (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali: Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara. Ferrara, 7-8 aprile 2016*, Jovene, Napoli, 2017;
- BERNARDI A. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli 2015;
- BERNARDI A., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli 2017;
- BESSELINK L. F.M., *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, 23 dicembre 2014, <http://www.verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/#.VKvveiuG-WA>;
- BESSELINK L. F.M., *The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 8, 2001;
- BESSELINK L. F.M., *The parameters of constitutional conflict after Melloni*, *European Law Review*, Agosto 2014, 3, pp. 531-552;
- BESSELINK L.F.M., *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions, Questionnaire and General Report*. in *Reports of the XXV FIDE Congress Tallinn 2012*, Volume 1: *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon*, Tartu University Press, Tallinn 2012, pp. 1-139;
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano 1949, seconda ed. riveduta a cura di G. Crifò, 1971;
- BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2, 2015, pp. 288 ss.
- BILANCIA F., *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il «margine di apprezzamento» statale, di cui alla*

giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali, in *Giur. cost.*, III, 2009, pp. 4772-4778;

BILANCIA P., D'AMICO M., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano 2009;

BILANCIA P., DE MARCO E. (a cura di) *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione. Atti del Convegno. Milano, 4 aprile 2003*, Giuffrè, Milano 2004;

BILLIS E., *The European Court of Justice: A «Quasi-Constitutional Court» in criminal matters? The Taricco Judgment and Its Shortcomings*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1, 2016, pp. 20 ss.;

BIN R., *A discrezione del giudice - Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Franco Angeli, Milano 2013;

BIN R., CARETTI P., PITRUZZELLA G., *Profili costituzionali dell'Unione europea. Processo costituente e governance economica*, Il mulino, Bologna 2015;

BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 1992;

BIN R., *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in www.forumcostituzionale.it, 2016;

BIN R., *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *DPC*, 4 luglio 2016;

BIN R., *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2016;

BLACKBURN R. e POLAKIEWICZ J., *Fundamental rights in Europe: the European Convention on Human Rights and its member states, 1950-2000*, Oxford University Press, Oxford 2001;

BLECKMANN M., *Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübinga 2011;

BOROWSKY M., *Artikel 53*, in J MEYER (a cura di), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, terza ed., Nomos, Baden-Baden 2011, pp. 705–715;

BRAIBANT G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Seuil Paris, 2001, pp. 267-268.

BRANCA M., *Il punto sui "controlimiti"*, in *Giur. Cost.*, 5, 2014, p. 3899 ss.;

BRONZINI G., *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in R. COSIO e R. FOGLIA, *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, Milano 2013, p. 154 ss.

BULTRINI A., *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in FRAGOLA M. (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 25-37;

CALVANO R., *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *www.federalismi.it*, Focus Fonti, 1, 2016;

CAMPEIS G., DE PAULI A., *Carte e corti europee, diritti fondamentali e giustizia italiana. L'operatore nazionale fra norme paracostituzionali e sentenze normative europee nella stravolta gerarchia delle fonti*, Giappichelli, Torino 2014;

CANNIZZARO E., *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Giappichelli, Torino, 2015;

CANNIZZARO E., *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: the Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in *Riv.Dir.Int.*, 1, 2015, p. 126 ss.;

CANTELMO T. - CAPUOZZO V., *Tra immunità e contro-limiti: un nuovo traguardo della giurisprudenza italiana in Corte cost. sent. n. 238/2014 e ord. n. 30/2015*, in *www.federalismi.it*, 1, 2016;

CAPONI R., *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur. Cost.*, 5, 2014, p. 3908 ss.;

CAPOTORTI F., *Interferenze fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed altri accordi e loro riflessi negli ordinamenti interni*, in *Comunicazione e Studi*, vol XII, 1966, 131 ss.

CAPPELLETTI M., *New perspectives for a common law of Europe*, Sijthoff Bruxelles; Publications of the European University Institute Firenze, 1978, pp. 350-353.

CAPPUCCIO L., *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in AA. VV. *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 412 ss;

CARDONE A., *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, 2011, Giuffrè, Milano 2011, p. 335 ss.

CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2011;

CARETTI P., *Le norme della CEDU come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 311 ss.

CARLETTI C., *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato Costituzione*, Milano, Giuffè, 2005.

CARNEVALE P. e PISTORIO G., *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali Atti di convegno Dipartimento di Giurisprudenza – Università Roma Tre, Roma, 19-20 marzo 2013*, Roma Tre Press, Roma 2014, p. 123 ss.

CARTABIA M. - WEILER J.H.H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il mulino, Bologna 2000;

CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il mulino, 2007;

CARTABIA M., *“Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in G. MORBIDELLI- F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 195 ss.;

CARTABIA M., *Articolo 53*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di) *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna 2001, pp. 360-366;

CARTABIA M., CHIEFFI L., *Art. 11*, in BIFULCO, R.- CELOTTO, A.- OLIVETTI, M. (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino 2006, pp. 263 ss.;

CARTABIA M., *Commento all'art. 4, par. 2 TUE* in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano 2014;

CARTABIA M., *European and Rights: taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 5, 2009;

CARTABIA M., *European and Rights: taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 5, 2009, pp. 5-31;

CARTABIA M., *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2015;

CARTABIA M., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Studi della Corte, 2013;

CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il mulino, 2007;

CARTABIA M., *Le sentenze «gemelle»: Nota alla rubrica, giudici*, in *Giur. cost.*, V, 2007, pp. 3564-3574;

CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano 1995;

CASSETTI L., *La "ricerca dell'effettività": dalla lotta per l'attuazione dei principi costituzionali all'obiettivo della "massima espansione delle tutele"*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovene editore, Napoli 2012, p. 19 ss.

CATALDI G., *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 330 s.;

CELOTTO A. - GROPPI T., *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Riv.it.dir.pubbl.com*, 2004, p. 1309 ss.

CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in *Giust. amm.*;

CELOTTO A., *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano: normativa, giurisprudenza e prassi*, Utet, Torino 2003.

CELOTTO A., *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in A. LUCARELLI - A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi Studi sulla Costituzione europea*, ESI, Napoli 2009, pp. 371 ss.;

CELOTTO A., *Primauté e controlimiti nel Trattato di Lisbona*, in A. CELOTTO, *Scritti sul processo costituente europeo*, Napoli, 2009, pp. 84 ss.;

CERRI A., *Istituzioni di diritto pubblico nel contesto europeo*, Giuffrè, Milano 2015;

CERRI A., *Istituzioni di diritto pubblico nel contesto europeo*, V ed., Giuffrè, Milano 2015;

CERRI A., *Riflessioni sulla funzione giurisdizionale*, in A. DE NITTO (a cura di), *L'evoluzione del diritto ad opera del giudice*, 2005, pp. 194 ss.;

CERRI A., *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Diritto pubblico*, 2, 2016, pp. 625-668;

CHELO A., *Il mandato di arresto europeo*, Cedam, Padova 2010;

CHESSA O., *La tutela dei diritti oltre lo Stato fra "diritto internazionale dei diritti umani" e "integrazione costituzionale europea"*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *Diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino 2006, p. 89 ss.;

CIVELLO G., *Il "dialogo fra le quattro corti: dalla sentenza "Varvara" (2013) della CEDU, alla sentenza "Taricco" (2015) della CGUE*, *Arch. pen.* 2015, n. 3, 783 ss.;

CIVELLO G., *La sentenza «Taricco» della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *www.archiviopenale.it*, 3, 2015;

COLACINO N., *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3, 2015, p. 557.

COLACINO N., *La tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili tra obblighi internazionali e Stato di diritto*, in *www.federalismi.it*, Focus Fonti, 1, 2016;

COLAPIETRO C.–RUOTOLO M., *Diritti e libertà*, Giappichelli, Torino 2014;

COLAVITTI G., PAGOTTO C., *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme della CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in *www.rivistaaic.it*, 2010;

CONDINANZI M. e IANNUCELLI P., voce *Art. 53 Livello di protezione*, in S. ALLEGREZZA, R. MASTROIANNI, F. PAPPALARDO, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffè, Milano 2017, pp. 1086 ss.;

CONFORTI B., *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giur. Cost.*, 5, 2014, p. 3885 ss.;

CONFORTI B., *Lo Stato costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 3/2008, 569 ss.;

CONFORTI B., *Quelques réflexions sur les rapports de la Convention européenne des droits de l'Homme avec d'autres Conventions*, in M. De Salvia (Michele), M. E. Villiger (a cura di), *L'écllosion du droit européen des droits de l'Homme/The Birth of European Human Rights Law. Liber Amicorum Carl Aage Norgaard*, Baden-Baden Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, 47-52.

CONSEIL DE L'EUROPE. COMITE D'EXPERTS EN MATIERE DE DROITS DE L'HOMME, *Problèmes découlant de la coexistence des Pactes des Nations Unies relatifs aux Droits de l'Homme et de la Convention européenne des Droits de l'Homme: différences quant aux droits garantis: rapport*, 1970;

CONSIGLIO DI EUROPA, *Collected edition of the «Travaux Préparatoires» of the European Convention on Human Rights*, The Hague, La Haye, Nijhoff, 1975;

CONTI R., *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. COSIO e R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, Milano 2013, pp. 253 ss.;

CONTI R., *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in *diritticomparati.it*, 5 aprile 2013;

CONTI R., *Il giudice penale italiano e il diritto dell'unione europea: un approccio non più differibile giudice comune e diritto dell'unione europea. Cinque buone ragioni pratiche per diventare giudici comuni di diritto eurounitario*, in *DPC*, 2012;

CONTI R., *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *ConsultaOnline*, 1, 2015;

COSTA J.P., *Il ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.int.dir.uomo*, 2000,

COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI R., *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2010;

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, in http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_FRA.pdf, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2008;

COZZOLINO L., *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 3-38;

CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano 1952;

CRIVELLI E., *Art. 53*, in BARTOLE S. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova 2012, pp. 774 – 779;

CUPELLI C., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 gennaio 2017;

D'AGNONE G., *Immunità degli Stati stranieri e garanzia costituzionale dell'accesso al giudice: conflitto reale?*, in *Quad. cost.*, 3, 2014, p. 639 ss.;

D'AMICO G., *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA. VV. *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino 2016, p. 706 ss.;

D'ANGELO L., *“Comunitarizzazione” dei vincoli internazionali CEDU in virtù del trattato di Lisbona? No senza una expressio causae*, in www.forumcostituzionale.it;

DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 662 ss.;

DANIELE L., *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 652 ss.;

DANIELE L., *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona, un quadro di insieme*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2009, p. 645 ss.;

DE AMICIS G., *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 maggio 2013;

DE BOER N., *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, 4, 2013, pp. 1083-1103.

DE BURCA G., *After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a Human Rights Adjudicator*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 168 ss.

DE MEYER J., *Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention européenne des Droits de l'Homme* in PETZOLD H., WIARDA G. J., MATSCHER F., *Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns, Köln 1990;

DE SENA P., *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, in www.sidi-isil.org, 2014;

DE SIERVO U., *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della "Carta dei diritti fondamentali")*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma 2004, pp. 256 ss.

DE WITTE B., *Sub Article 53*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner e A. Ward, *The Charter of fundamental rights. A commentary*, Hart publishing Oxford – Portland 2014, p. 1524 ss.;

DE WITTE B., *The Closer Thing to a Constitutional Conversation in Europe: the Semi-Permanent Treaty Revision Process*, in P. BEAUMONT, C. LYONS, N. WALKER (a cura di), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford 2002;

DE WITTE B., *The past and future role of the ECJ in the protection of human rights*, in ALSTON P. (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 859-897;

- DECAUX E., *Article 60*, in E. Decaux – P.H. Imbert – L.E. Pettiti, *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 897-903;
- DEL VECCHIO G., *Sui principi generali del diritto*, in *Archivio giuridico*, 85, 1921, p. 1-62;
- DEL VECCHIO I., *The constitutional koinè and the European citizenship. The long journey of rights' protection in Europe*, in G. M. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E. C. RAFFIOTTA (a cura di), *Constitución e integración europea derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales*, Dikynson, Madrid 2017, pp. 19-33;
- DELLA MONICA G., *Il mandato di arresto europeo*, Giappichelli, Torino 2012;
- DELMAS-MARTY M., *L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2016;
- DELMAS-MARTY M., *Ordering Pluralism*, Hart Publishing, Oxford 2009;
- DI MARTINO A., *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, Relazione per il Convegno dell'Associazione Gruppo di Pisa, Cassino, 10-11 giugno 2016, in www.gruppodipisa.it, giugno 2016;
- DI MARTINO A., *Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*, in www.diritticomparati.it, 30 marzo 2013;
- DIAZ CREGO M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados Miembros*, Reus, 2009;
- DICKMANN R., *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione. (Nota a Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349)*, in www.federalismi.it, 21 novembre 2007;
- DICKMANN R., *Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in www.federalismi.it, 22, 2014;
- DICKMANN R., *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU?*, in www.federalismi.it, 16 dicembre 2009.
- DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, Milano 1982;

DOGLIANI M., *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura, oggi*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Cedam, Padova 1998, pp. 45 ss.;

DONATI F. E MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 65-118;

DONDI S., *Sulla "legittimità comunitaria" del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: quando il legislatore è guardato a vista*, in *Quad. cost.*, 4, 2010, p. 843 ss.;

DOUGLAS-SCOTT S., *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice*, in <http://www.verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshell-european-court-justice/#.VKvvyuG-WA>;

DUE O. e GULMANN C., *Community Fundamental Rights as Part of National Law*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Giuffrè, Milano 1998;

DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna 1982;

DZEHTSIAROU K., *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Public Law*, 2011, p. 548-553;

EPIDENDIO T.E., *Il caso Melloni: il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2013,;

EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2015;

FABBRINI F., *La guerre des juges franco-europea (Atto IV e Epilogo)*, diritticomparati.it, 2 settembre 2010.

FAGGIANI V., *Ius puniendi europeo v. controlimiti. Riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/3, 2016, pp. 509 ss.;

FAGGIANI V., *La sentenza del TC sul caso Melloni: esempio del dialogo giudiziario europeo o di un monologo?*, in forumcostituzionale.it, 2015;

FAGGIANI V., *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2017;

FAGGIANI V., *Verso la definizione di uno «standard comune» di protezione del diritto ad un processo equo. (Gli effetti della «sentenza Melloni» nello spazio europeo di giustizia penale)*, in *Federalismi.it*, 19, 2014.

FALLETTI E., *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e l'interpretazione conforme alla luce della decisione Akerberg Fransson*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò*, Vol. II, Editoriale scientifica, Napoli 2014, pp. 1203-1204

FANCIULLO D., *Il Parere 2/13 della Corte di Giustizia: la novissima quaestio dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, in *Federalismi*, 2, 2015;

FANOTTO L., *La tutela dei diritti umani nell'ordinamento dell'Unione europea: profili sostanziali e processuali*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 121-137;

FARAGUNA P. - PERINI P., *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza «Taricco» alla prova dei controlimiti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016;

FARAGUNA P., *La Corte costituzionale insegue (e supera) Gauweiler: l'ordinanza Taricco disegna un quadro perfetto per il soggetto sbagliato*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale. Atti del convegno tenutosi all'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017*, Jovene, Napoli, 2017 (in corso di pubblicazione);

FARAGUNA P., *Diritto UE e principio di legalità penale: il caso Taricco ritorna alla Corte di giustizia*, in *Studium Iuris*, 2017 (in corso di pubblicazione);

FARAGUNA P., *Corte costituzionale e Corte internazionale di giustizia: il diritto alla penultima parola*, in *www.diritticomparati.it*, 2014;

FARAGUNA P., *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali: Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara. Ferrara, 7-8 aprile 2016*, Jovene, Napoli, 2017, p. 359 ss.;

- FARAGUNA P., *L'identità nazionale nell'Unione europea come problema o come soluzione*, in *Il Mulino*, 5, 2015, pp. 866-875;
- FARAGUNA P., *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, in *Verfassungsblog*, 2017;
- FAVOREU L., *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma 2004, p. 252 s.;
- FERRAJOLI L., *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 277- 369;
- FERRANTE M.L., *Il tentativo di erodere il principio di legalità in alcune sentenze "multilivello"*, *Arch. pen. on line*, 1, 2016;
- FERRANTE M., *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2017;
- FERRARO A., *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Rivista ital. dir. pubbl. comunitario*, 2, 2005, p. 503 ss.;
- FERRARO A., *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU e irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, in SALAZAR C., SPADARO A. (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 2009;
- FONTANELLI F., *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in *www.diritticomparati.it*, 2014;
- FREIXES SANJUAN T., *Derechos fundamentales en la Unión europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales*. in *ReDCE*, 4, 2005, p. 43-86;
- GAJA G., *Fonti comunitarie*, in *Dig. pubbl.*, vol. VI, p. 433 ss.;
- GAJA G., *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *Diritti dell'uomo*, 3, 2003, p. 9 s.;

GAJA G., *New instruments and institutions for enhancing the protection of human rights in Europe*, in ALSTON P. (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 781-800;

GALLO D., *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in *SIDIblog*, 25 febbraio 2017;

GALLO F., *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, in www.cortecostituzionale.it;

GAMBINO S., *La giurisdizione costituzionale delle leggi in Italia*, in ID. (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americana*, Milano, Giuffrè, 2012;

GAMBINO S., *Riflessioni sul futuro dei diritti fondamentale e del diritto dell'Unione europea fra nuovi trattati e garanzie giurisdizionali a molti livelli*, in FRAGOLA M. (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 199-213;

GENNUSA M. E., *Corte costituzionale e obblighi internazionali: qualcosa di nuovo e molto di vecchio?*, in *Quad. cost.*, 3, 2015, p. 831 ss.;

GHERA F., *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto pattizio (ma non in quello con il diritto comunitario)*, in *Foro.it*, 1/2008, I, p. 50 ss.;

GIANELLI A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 678 ss.;

GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, pp. 65-103;

GIANFRANCESCO E., *Incroci pericolosi: CEDU, Carte dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in www.rivistaaic.it, 1/2011;

GIANFRANCESCO E., *Some considerations on the juridical value of the Charter of fundamental rights before and after the Lisbon Treaty*, in www.forumcostituzionale.it;

GIANNELLI A., *Diritto dell'Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Roma, Aracne, 2003;

GIRELLI F., *La super doppia pronuncia: l'immunità degli Stati dalla giurisdizione per crimini internazionali in Italia non esiste*, in *www.federalismi.it*, Focus Fonti, 1, 2016;

GIUFFRIDA F., *The Limitation Period of Crimes: Same Old Italian Story, New Intriguing European Answers – Case Note on C-105/14, Taricco*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1, 2016, pp. 100 ss.;

GIUSTI A., *Il caso Scordino: l'inizio di un nuovo dialogo tra le Corti in materia espropriativa*, in *www.diritti-cedu.unipg.it*;

GORI P., *Il ruolo del diritto comparato nelle decisioni della Corte EDU, recenti sviluppi*, Atti del convegno sul tema “I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte EDU e nazionale: la dignità della persona nella vita privata e familiare, nel carcere e nelle istituzioni”, Università di Padova il 21.6.2013, in *www.europeanrights.eu*;

GRADONI L., *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014;

GRADONI L., *Il dialogo tra Corti, per finta*, in *Sidiblog*, 8 febbraio 2017;

GRILLER S., *Der Anwendungsbereich der Grundrechtscharta und das Verhältnis zu sonstigen Gemeinschaftsrechten, Rechten aus der EMRK und zu verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten*, in A. DUSCHANEK e S. GRILLER (a cura di), *Grundrechte für Europa*, Springer, Vienna 2002 pp. 163–182;

GROPPI T., *Art. 52. Portata dei diritti garantiti*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carte dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001;

GROPPI T., *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *www.giurcost.org*, 2015;

GROUSSOT X. e OLSON I., *Clarifying or Diluting the Application of the EU Charter of Fundamental Rights?- The Judgments in Åkerberg and Melloni*, LSEU, Vol II, 2013, pp. 7-35;

GUARINO G., *Corte costituzione e diritto internazionale: notarelle a margine della sentenza 49/15*, in *ConsultaOnline*, 2, 2015, p. 569 ss.;

GUARNIER T., *Interpretazione, Costituzione e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014;

GUASTAFERRO B., *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts. The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law* 2012, Oxford, 2012, pp. 263 s.;

GUASTAFERRO B., *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013;

GUASTINI R., *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, pp. 513 ss.;

GUAZZAROTTI A., *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in *www.rivistaaic.it*, 14 settembre 2011;

GUAZZAROTTI A., *I paradossi della vicenda Taricco*, in *laCostituzione.info*, 2017;

GUAZZAROTTI A., *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. 238 del 2014.*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014;

GUAZZAROTTI A., *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, V, 2007, pp. 3574-3579;

HEINTZEN M., *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Mucchi editore, Modena 2015;

INCOGNITO L., *Tutela dei diritti fondamentali, Trattato di Lisbona, diretta applicabilità della Cedu: uno scenario in divenire*, in *www.dirittoamministrativo.it*;

IOVINO P.F., *La costituzionalità del Mandato di arresto europeo*, ESI, Napoli 2010;

JACOBS F. G. e WHITE R. C. A., *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, 1996;

KLATT M. e MEISTER M., *The Constitutional structure of proportionality*, Oxford university press, Oxford 2012;

KOMAREK J., *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of Limits of "Contrapunctual Principles"*, in *Common Market Law Review*, 44, 2007, pp. 9-40;

KUTSCHER H., *Method of interpretation as seen by a Judge of Cort of Justice, Paper in the Court of Justice's Judicial and Academic Conference, Luxembourg, 1976, p. 21 ss.*;

LAMARQUE E., *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana. Rapporti tra Corte costituzionale e Cedu*, in *Corr. Giur.*, 2010, pp. 960 ss.;

LAMARQUE E., *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in www.cortecostituzionale.it;

LAMARQUE E., *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Quest.Giust.*, 1, 2015;

LANCIOTTI A. - LONGOBARDO M., *La Corte costituzionale risponde alla Corte di Giustizia internazionale: l'ordinamento italiano non si adatta alla regola sull'immunità*, in www.federalismi.it, 2, 2015;

LANZONI L., *Protección y limitación de los derechos humanos en el art. 52 de la carta de los derechos fundamentales de la unión europea*, in *Revista de Derecho Político*, Issue 83, gen-apr 2012;

LASSALLE M., *Taricco kills two birds with one stone for the sake of the PIF*, in www.europeanlawblog.eu, 27 ottobre 2015;

LATTANZI G., *Costretti dalla Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.* 2005, pp. 1125ss.;

LAZZERINI N., *Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2010 nelle cause riunite Aziz Melki e Sélim Abdeli*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2010;

LE BOUTHILLIER Y., *Article 32 Convention of 1969*, in O. Corten, P. Klein (a cura di) *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 852-859.

LECIS A. M., *Consenso europeo, chi è costui? L'individuazione del consensus standard da parte della Corte Edu tra interpretazione evolutiva e margine d'apprezzamento*, in diritticomparati.it, 28 novembre 2011.

LEMMENS P., *The relation between the Charter and the ECHR in Maastricht journal of European and Comparative Law*, vol. 8 n. 1, 2001;

LENAERTS K. e GUTIÉRREZ-FONS J. A., *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, EUI Working Paper AEL 2013/9, 2013;

LENAERTS K., *Exploring the limits of the EU charter of fundamental rights*, in *European Constitutional Law Review*, 8, 2012;

LENAERTS K., *L'eredità del procedimento Costa c. ENEL*, in E. FALLETTI e V. PICCONE (a cura di), *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, Editoriale scientifica, Napoli 2016, pp. 14-32;

LEONE S., *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in www.forumcostituzionale.it, 2014;

LIETO S., *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it, 2014;

LIGUSTRO A., *Consuetudini internazionali e Costituzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, num. 2, p. 267 ss.;

LIISBERG J. B., *Does the Eu Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, in *Jean Monnet Work. Pap.*, 4/01 , 2001;

LOCK T., *Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR*, in <http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VJPu2dDpDw>;

LOIODICE A., *L'incorporazione della Carta di Nizza nella Convenzione europea*, in BILANCIA P. - DE MARCO E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano 2004

LUCIANI M., *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 186 s.;

LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2, 2006, pp. 1644-1668;

LUCIANI M., *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest.Giust.*, 1, 2015;

LUCIANI M., *I trattati non sono la Costituzione*, in *ItaliaOggi*, 25 ottobre 1999;

LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali: Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara. Ferrara, 7-8 aprile 2016*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 63 ss.;

LUCIANI M., *Interpretazione costituzionale e testo della costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 44 ss.;

LUPU E., *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Quest.Giust.*, 1, 2015;

LUPU E., *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *DPC*, 29 febbraio 2016;

LUPU E., *La Primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 febbraio 2016;

MACCORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978;

MACCORMICK N., *Questioning sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 102 ss.;

MACDONALD R., *The European System for the Protection of Human Rights*, Springer Netherlands, 1993;

MADDALENA P., *I percorsi logici per l'interpretazione del diritto nei giudizi davanti la Corte costituzionale. Relazione tenuta alla XV^a Conferenza delle Corti costituzionali europee "La giustizia costituzionale: funzioni e rapporti con le altre pubbliche autorità"*, Bucarest, 23 – 25 maggio 2011, in *www.cortecostituzionale.it*;

MAIELLO V., *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cassazione penale*, vol. 56, n. 3, 2016, pp. 1250 ss.;

MANACORDA S., *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *www.archiviopenale.it*, 3, 2015;

MANES V., *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016;

MANES V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”. Note minime all’ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017;

MANGAS MARTIN A., *La Constitución europea*, Iustel, Madrid 2005, p. 220.

MANZELLA A., *Dal mercato ai diritti*, in AA. VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna 2001, pp. 44-45.

MARCOLINI S., *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cassazione penale*, vol. 56, n. 1, 2016, p. 362 ss.;

MARIANI P., LORUSSO A., *La personalità internazionale dell’Unione europea*, in MARIANI P. (a cura di), *Le relazioni internazionali dell’Unione europea*, Milano, Giuffré, 2005, 23 ss.;

MARINI L., *Il conflitto fra Italia e Germania, tra Corte costituzionale, Corte internazionale di giustizia e Consiglio di sicurezza*, in *Quest.Giust.*, 1, 2015;

MARQUET F., *Commentaire critique de la Convention Européenne des droits de l’homme, de son organisation judiciaire et de l’arrêt du 23 Juillet 1968*, Anversa febbraio 1973, Hors commerce;

MARTINICO G., *L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo.*, Jovene, Napoli 2008;

MASSA M., *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giur. cost.*, III, 2009, 4679-4691;

MASSA PINTO I., *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della costituzione*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2001, pp.1095-1118;

MASSARO A., *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giurisprudenza penale web*, 3, 2017

MIETTINEN S. e KETTUNEN M., *Travaux to the Treaties: Treasures or trivia?*, Draft paper to be presented at the European Union Studies Association conference,

- Boston, March 5, 2015,
<https://eustudies.org/conference/papers/download/71>; G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart, Oxford 2012;
- MINNITI L., *Il diritto ad un processo nel merito*, in *www.federalismi.it*, Focus Fonti, 1, 2016;
- MODUGNO F. (a cura di), *Diritto pubblico*, seconda ed., Giappichelli, Torino 2015;
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova 2009;
- MODUGNO F., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2005;
- MODUGNO F., *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995;
- MODUGNO F., *Principi generali dell’ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1991;
- MONTANARI L., *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: ma forse con un’inedita apertura*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1999, p. 3006 ss.;
- MORBIDELLI G., *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2006;
- MORRONE A., *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, volume II, tomo II, Giuffrè, Milano 2008, pp. 185-204;
- MOSCARINI A., *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. cost.* 2007, V, pp. 3525-3534.
- NAPOLI C., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: La nuova collocazione della CEDU nel sistema delle fonti e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Forum Quad. Cost.*, 2008, pp. 133 ss.;
- NINATTI S., *Ai confini dell’identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Giuffrè, Milano 2012;

NONEREO ATIENZA C, MONEREO PÉREZ J. L. (a cura di), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 1397-1419;

NOZICK R., *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford 1974, ed. ita. *Anarchia, stato e utopia* (1974), Il Saggiatore, Milano 2005;

ONIDA V., *Armonia tra diversi e problemi aperti*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, pp. 549 ss.;

ONIDA V., *Sui diritti asse Roma-Strasburgo, La Corte costituzionale stabilisce il vincolo con le leggi della Convenzione europea*, in *Il Sole-24 Ore*, 15 novembre 2007;

PACE A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *www.constituzionalismo.it*, 2007;

PACE A., *Problematica della libertà costituzionale, Parte generale, Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, III ed., Cedam, Padova 2003;

PADULA C., *La Corte costituzionale ed i "controlimiti" alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1., cost.*, in *Federalismi.it*, 23, 2014;

PADULA C., *La Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in *www.giurcost.org*, 2, 2016;

PAJNO S., *L'integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, Giappichelli, Torino 2001;

PALOMBELLA G., *Senza identità. Dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tra consuetudine, Jus cogens e principi "supremi"*, in *Quad. cost.*, 3, 2015, p. 815 ss.;

PANIZZA S., *La autolegittimazione ricavata dalla Corte costituzionale in forza della "scoperta" dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2016;

PANIZZA S., *La autolegittimazione ricavata dalla Corte costituzionale in forza della "scoperta" dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2016;

PANUNZIO S.P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli 2005;

PAPA M. I., *Il ruolo della Corte costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014*, in www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it, 3, 2015;

PARODI G., *Le fonti del diritto: linee evolutive*, Giuffrè, Milano 2012;

PASSAGLIA P., *Il Trattato di Lisbona: qualche passo indietro per andare avanti*, in *Foro it.*, 2008, V, pp. 40 ss.

PASSAGLIA P., *La Corte ed i rapporti tra il diritto interno e il diritto sovranazionale, I Ordinamento interno e ordinamento internazionale*, in ROMBOLI R. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale, triennio 2008-2010*, Torino, Giappichelli, 2011;

PASSAGLIA P., *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, in www.diritticomparati.it, 2014;

PECORELLA G., DE MATTEIS F., *Leggi di recepimento del mandato d'arresto europeo da parte dei 27 paesi UE: commentate con la giurisprudenza delle Corti italiane*, Giuffè, Milano 2008;

PEERS S., *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, 18 dicembre 2014, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>;

PEREZ DE NANCLARES J. M., *Comentario Artículo 53*, in A. MANGAS MARTIN, *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundacion BBVA, Madrid 2009, p. 854 ss.

PERINI P., FARAGUNA P., *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. la Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in *DPC*, 30 marzo 2016;

PERNICE I., *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1996, pp. 703 ss.

PERONA R., *Ancora sui "controlimiti" all'immunità degli stati, un anno dopo: sulla "infondatezza nei sensi di cui in motivazione" di Corte cost. N. 238/2014 e la "manifesta inammissibilità" di Corte cost. N. 30/2015*, in www.diritticomparati.it, 2015;

PETERS A., *Let Not Triepel Triumph - How To Make the Best Out of Sentenza No. 238 of the Italian Constitutional Court for a Global Legal Order*, in www.ejiltalk.org, 2014;

PETERS A., *Proportionality as a global constitutional principle*, in *Mpil research paper series*, 10/2016;

PETZOLD H., WIARDA G. J., MATSCHER F., *Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns, Köln 1990;

PICCIRILLI G., *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in *ConsultaOnline*, Studi, I, 2017;

PIGNATELLI N., *La dilatazione della tecnica della "interposizione" (e del giudizio costituzionale)*, in www.forumcostituzionale.it;

PINELLI C., *Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*, in *Giur. Cost.*, 5, 2014, p. 3891 ss.;

PINELLI C., *L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione*, in *DPC*, 17 ottobre 2016;

PINELLI C., *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 1999, pp. 2997-3001;

PINELLI C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, V, 2007, pp. 3518-3525;

PINO G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, VIII, 1, 2006, pp. 1-57;

PISILLO MAZZESCHI R., *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2015, p. 23 ss.;

PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna 2002;

POCAR R., SECCHI C., ALTAMONTE C., BARUFFI M.C., PASSERELLI F., *Il trattato di Nizza e l'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001;

POIARES MADURO M., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford 2003, p. 501 ss.;

POLACCHINI F., *Cedu e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in www.giurcost.org, 26 ss.;

POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa ad Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, Giuffrè, Milano 2010;

POLLICINO O., *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it;

PORCHIA O., *Il diritto dell'Unione europea nella giurisprudenza costituzionale*, nella sezione Studi di www.cortecostituzionale.it, febbraio 2014;

PUSTORINO P., *Commento all'articolo 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in B. CONFORTI, S. BARTOLE, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam Padova, 2001, 741-742.

PUSTORINO P., *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale: limiti e prospettive nell'ottica della giurisprudenza italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2015, p. 51 ss.;

RAIMONDI G., *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in Atti del convegno tenutosi presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano l'11 gennaio 2013 sul tema "La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: Il Meccanismo di Decisione della CEDU ed i Criteri di Interpretazione Conforme alla Convenzione Europea", in www.europeanrights.eu;

- RANDAZZO A., *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*;
- RANDAZZO B., *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una "finestra" su Strasburgo*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, p. 26 ss.;
- RAWLS J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, ed. ita. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1993;
- RAWLS J., *Liberismo Politico*, trad. it. G. Rigamonti, Edizioni di Comunità, Milano, 1994;
- REPETTO G., *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritto dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al "doppio binario"*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2014, p. 1092 ss.;
- REPETTO G., *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti Comparati*, 20 febbraio 2017;
- REPETTO G., *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. cost.*, 2, 2015, pp. 415 ss.;
- RIMOLI F., *Il diritto, la storia, la memoria. La Corte costituzionale e i crimini nazisti come paradigma dell'irredimibile*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, 2, 2015;
- RIMOLI F., *La Corte e la Shoah: osservazioni brevi su una sentenza coraggiosa*, in *Giur. Cost.*, 5, 2014, p. 3915 ss.;
- RIZZA L., *Il caso Melloni: la Corte di giustizia risponde con il primato dell'Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali. Riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese a seguito di procedimenti in absentia*, in *Università di Catania - Online Working Paper*, 53, 2013;
- RODOTÀ S., *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in AA. VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna 2001, pp. 57-89;
- ROMBOLI R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Torino, Giappichelli, 2008;

ROSSI DAL POZZO F., *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?*, in *DPC*, 7 febbraio 2014;

ROSSI F., *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2015, pp. 1564 ss.;

ROSSI L.S., *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in *Quaderni di Sidiblog*, 1, 2014, p. 157 ss.;

RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino 1994;

RUGGERI A., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *www.forumcostituzionale.it*, pp. 4 ss;

RUGGERI A., *'Itinerari' di una ricerca sul sistema delle fonti XIX. Studi dell'anno 2015*, Giappichelli, Torino 2016;

RUGGERI A., *Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione (noterelle a margine delle Conclusioni dell'avv. gen. Y. Bot su una questione d'interpretazione sollevata dal tribunale costituzionale spagnolo)*, in *www.diritticomparati.it*, 5.10.2012;

RUGGERI A., *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in *www.federalismi.it*, 2009;

RUGGERI A., *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento 'intercostituzionale'*, in *Federalismi.it*, 10, 2009;

RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno: a prima lettura di corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2, 2015, p. 330.

RUGGERI A., *Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, in E.

FALLETTI e V. PICCONE (a cura di), *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, Editoriale scientifica, Napoli 2016, pp. 110-123.

RUGGERI A., *Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile composizione*, in *Consulta online*, 1, 13 febbraio 2016, pp. 114-126;

RUGGERI A., *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;

RUGGERI A., *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2013, pp. 399-408;

RUGGERI A., *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni)*, in www.diritticomparati.it, 2 aprile 2013;

RUGGERI A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it, 23 marzo 2011;

RUGGERI A., *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *ConsultaOnline*, 1, 2015;

RUGGERI A., *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quaderni costituzionali*, XXXV, 4, dicembre 2015, pp. 931-947;

RUGGERI A., *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 1, marzo 2010, pp. 3-40;

RUGGERI A., *Tecniche di normazione, tutela dei diritti fondamentali, teoria della Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2008, pp. 1 ss.;

RUGGERI A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in AA. VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Atti del Convegno annuale del 'Gruppo di Pisa'. Capri, 3-4 giugno 2005, Milano, 2006, p. 846 s.;

RUGGERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *ConsultaOnline*, Studi, I, 2017;

RUGGERI A., *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in *ConsultaOnline*, 2014;

RUGGERI A., *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in *Astrid*, n. 92, Anno 5, numero 9, pp. 1-28;

SALAZAR C., *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: "affinità elettive" o "affinità pericolose"?*, in SALAZAR C., SPADARO A. (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 2009,

SALCUNI G., *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *www.archiviopenale.it*, n. 3, 2015;

SALERNO F., *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, *Quad. cost.*, 1, 2015, p. 33 ss.;

SARMIENTO RAMÍREZ D., *The scope of application of EU Law and national criminal law: some thoughts on Taricco (C-105/14)*, in *despiteourdifferencesblog.wordpress.com*, 8 settembre 2015;

SARMIENTO RAMÍREZ D., *Who's afraid of the Charter?. The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in *CMLR*, 50, 2013, pp. 1267-1304;

SCALIA A., *A matter of interpretation, Federal Courts and the Laws*, Princeton University Press, Princeton 1997;

SCHILLING T., *The Dust Has Not Yet Settled: The Italian Constitutional Court Disagrees with the International Court of Justice, Sort of*, in *www.ejiltalk.org*, 2014;

SCHMID C. U., *From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts Between the European Union and the Member States Through Principles of Public International Law*, European University Institute working paper n. 98/7, 1998.

SCHÖNBERG S. E FRICK K., *Finishing, Refining, Polishing: On the Use of travaux préparatoires as an Aid to the Interpretation of Community Legislation*, in *European Law Review*, 28, 2003, pp. 149 ss.;

SCHÜTZE R., *Constitutionalism and European union*, in BERNARD C. E PEERS S. (a cura di), *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, pp. 71-96;

SCIARABBA V., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, V, 2007, pp. 3579-3591;

SCIARABBA V., *Tra fonti e Corti: diritti e principi fondamentali in Europa. Profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padova 2007;

SCISO E., *Brevi considerazioni sui primi seguiti della sentenza della Corte costituzionale 238/2014*, in *Riv.Dir.Int.*, 2015, num. 3, p. 887 ss.;

SCUDIERO M. e STAIANO S. (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli 1999;

SERGES G., *Adattamento ai trattati internazionali e strumenti per assicurare la prevalenza degli "obblighi internazionali" nell'ordinamento italiano*, in ID., *Sentenze costituzionali e dinamica delle fonti*, Editoriale scientifica, Napoli 2015, pp. 47-109;

SERGES G., *Art. 117, comma 1*, in BIFULCO, R.- CELOTTO, A.- OLIVETTI, M. (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Utet, Torino 2006, pp. 2213 ss.;

SERRAINO M., *Non ogni giorno che passa è un giorno che si aggiunge al libro dell'oblio. La Corte di Giustizia disvela la doppiezza della disciplina interna in materia di prescrizione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22 ottobre 2015; AA.VV., *Atti del Convegno: "Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo"*, Roma, Istituto Luigi Sturzo, 4 ottobre 2016, in www.rivistaaic.it, 4, 2016;

SILVESTRI G., *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, pp. 3405-3423;

SILVESTRI G., *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Quest.Giust.*, 1, 2015;

SILVESTRI G., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, marzo 2006;

SORRENTINO F., *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino 1996;

SPADARO A., *La «cultura costituzionale» sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2016, pp. 297-340;

SPAVENTA E., *Fundamental rights in the EU*, in BERNARD C. e PEERS S. (a cura di), *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, pp. 226-254;

SPIELMANN D., *Consensus et marge d'appréciation nationale*, in *Journal des tribunaux*, 2012, pp. 592-593;

STAIANO S. (a cura di) *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino 2006;

STRADELLA E., *I diritti fondamentali nelle Corti. Primi spunti per una definizione della "fondamentalità" dei diritti nel diritto comparato*, *Convegno annuale "Gruppo di Pisa" 2016 Università di Cassino Cos'è un diritto fondamentale?*, in www.gruppodipisa.it, 2016;

STROZZI G., *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamento degli Stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, Cedam, 1995, pp. 737 ss.;

TANZI A., *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, in www.forumcostituzionale.it, 2014;

TEGA D., *I diritti in crisi tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012;

TEGA D., *La Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in www.forumcostituzionale.it;

TEGA D., *La dottrina come amica curiae*, in www.forumcostituzionale.it, 2015;

TEGA D., *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2015;

TEGA D., *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea tra Carta di Nizza e costituzioni nazionali: una poltrona per due?*, in L.S. ROSSI, G. DI FEDERICO (a cura

di), *L'incidenza del diritto dell'unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, ESI, Napoli 2008, pp. 182 ss.;

TEGA D., *Narrowing the Dialogue: The Italian Constitutional Court and the Court of Justice on the Prosecution of VAT Frauds*, in *I·CONnect*, 14 febbraio 2017;

TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. UE*, 2009, pp. 195 ss.;

TESAURO G., *Relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia*, in *Studi*, www.cortecostituzionale.it, 2012;

TINSLEY A., *Note on the Reference in Case C-399/11 Melloni*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1/2012, pp. 19-30;

TORRES PÉREZ A., *Conflicts of rights in the European union*, Oxford University press, Oxford 2013;

TORRES PÉREZ A., *Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter*, in A. SAIZ ARNAIZ e C. ALCOBERRO (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland 2013, p. 141 ss.;

TORRES PÉREZ A., *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, 10, 2014, pp. 319-323;

TORRES PÉREZ A., *Spanish Constitutional Court, Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door, Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011*, in *European Constitutional Law Review*, Vol 8, 1, 2012, pp. 105-127;

TRIA L., *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014;

UBERTIS G., *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*, in *Giur. cost.*, III, 2009, pp. 4765-4672;

UERPMANN-WITZACK R., *The Constitutional Role of International Law*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford 2009, pp.131-167;

VAN DE HEYNING C., *No Place Like Home: Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights*, in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING AND P. VAN NUFFEL (a cura di), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, Intersentia, Cambridge 2011;

VARI F., *A (ben) cinque anni dalle sentenze gemelle (appunti su) due problemi ancora irrisolti*, in *www.federalismi.it*, 26 settembre 2012;

VARI F., *La sentenza n. 238 del 2014: ancora sulla responsabilità degli Stati*, in *Quad. cost.*, 1, 2015, p. 166 ss.;

VECCHIO F., *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2013;

VECCHIO F., *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europizzazione dei controlli*, Giappichelli, Torino 2012;

VECCHIO F., *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli, Torino 2012.

VEDASCHI A., *Il principio personalista*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino 2013, p. 216 ss.;

VENEGONI A., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, *www.penalecontemporaneo.it.*, 29 ottobre 2015.;

VERONESI P., *'Stati alla sbarra'? Dopo la sentenza costituzionale n. 238 del 2014*, in *Quad. cost.*, 3, 2016, p. 485 ss.;

VEZZANI S., *"Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!": la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU*, *Quaderni di Sidiblog*, 1, 2014, p. 169 ss.;

VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, *www.penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2015;

VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2015;

VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 maggio 2016;

VILLANI M.C., *La rinnovata battaglia dei giudici comuni a favore della diretta applicabilità della Cedu. Tra presunta "comunitarizzazione" dei vincoli convenzionali e crisi del tradizionale modello del controllo accentrato della costituzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 20/2010;

VON BOGDANDY A., *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico*, 3, 2001, pp. 849-900;

VON BOGDANDY A., *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale scientifica, Napoli 2011;

VON BOGDANDY A., KOTTMANN M., ANTPÖHLER C., DICKSCHEN J., HENTREI S., SMRKOLJ M., *Solange ribaltata – proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2012, pp. 954-957;

VON BOGDANDY A., *L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma 2004, pp. 276-298;

VON BOGDANDY A., *Le droit européen contemporain: Une notion revisitée et non-prédominante avec une nouvelle mission pour le droit comparé*, in G. BANDI – P. DARAK – K. DEBISSO (a cura di), *Speeches and Presentations from the XXVII FIDE Congress*, Wolters Kluwer, Budapest 2016, pp. 129 ss.;

VON BOGDANDY A., SCHILL S., *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, pp. 1417–1453;

VON BOGDANDY A., *The European union as a human rights organization? Human rights and the core of the European union*, in *Common Market Law Review*, 37, 2000, pp. 1307–1338;

WEATHERILL S. e BEAUMONT P., *Eu Law*, Penguin Books, 1999;

WEBER A., *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1, 2002, p. 40 ss.

WEILER J.H.H., *Diritti umani, Costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, settembre 2002, pp. 521-536;

WEILER J.H.H., *Epilogue: The Judicial Après Nice*, G. DE BURCA e J.H.H. WEILER (a cura di), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2001;

WEILER J.H.H., *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 61, 1986, p. 1103 ss.;

WEILER J.H.H., *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights*, in N. NEUWAHL e A. ROSAS, *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague 1995, p. 51 ss. poi in WEILER J.H.H., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, pp. 102-129;

WEILER J.H.H., *The European union belongs to its citizens. Three immodest proposals*, in *European Law Review*, 33, 1997, p. 150 ss.;

WEILER J.H.H., *Towards a Second and Third Generation of Protection*, in A. CASSESE, A. CLAPHAM, AND J. WEILER (a cura di), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Nomos, Baden-Baden 1991, p. 555 ss.;

WEISS W., *EU human rights protection after Lisbon*, in M. TRYBUS AND L. RUBINI (a cura di), *The Treaty of Lisbon and the future of European Law and Policy*, Edward Elgar Cheltenham 2012;

WIDMANN A., *Article 53: Undermining the Impact of the Charter of Fundamental Rights*, in *Columbia Journal of European Law*, 8, 2002, pp. 342-358;

WURKERT F., *No custom restricting state immunity for grave breaches - well why not?*, in *voelkerrechtsblog.com*, 2014;

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992;

ZAGREBELSKY G., *Intervento*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile, Firenze 25 giugno 2001, Cedam, Padova 2002;

ZAGREBELSKY V., *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foroit.*, V, 2006, p. 355 ss.;

ZANETTI E., *Il mandato di arresto europeo e la giurisprudenza italiana*, Giuffrè, Milano 2009;

ZANGHÌ C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in www.giurcost.org;

ZANGHÌ C., *Un nuovo limite all'immunità di giurisdizione degli Stati nella sentenza 238 della Corte costituzionale italiana?*, in www.federalismi.it, Focus Fonti, 1, 2016;

ZANON N., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, XXXV, 4, dicembre 2015, pp. 919-929.