

Mario Esposito
(Professore Ordinario di Diritto Costituzionale
Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università del Salento)

Appunti per l'audizione in data 26 novembre 2019 dinnanzi alle Commissioni Giustizia e Affari Esteri della Camera dei Deputati sui d.d.l. abbinati C. 1124 Governo e C. 35 Schullian relativi alla ratifica ed esecuzione dei Protocolli 15 e 16 della CEDU

Con riserva di più ampia argomentazione e di ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali, espongo di seguito una semplice puntuazione degli argomenti che ritengo possano essere di qualche utilità nello svolgimento della Vostra funzione.

Mi soffermerò oggi in gran parte sul Protocollo n. 16, che suscita gli interrogativi più delicati, sin d'ora segnalando tuttavia, che la questione pregiudiziale che sottoporro alla Vostra attenzione si estende anche all'altro atto.

1. La prima questione, in ordine logico, concerne il tipo di legge (se ordinaria o costituzionale) mediante il quale il Parlamento può, ex art. 80 Cost., autorizzare la ratifica e, soprattutto, ordinare l'esecuzione del Protocollo n. 16.

I d.d.l. presentati hanno attivato il procedimento ex art. 72 Cost., a quanto pare senza alcuna previa valutazione in proposito, come dimostra quello di iniziativa governativa, la cui relazione tecnica ex art. 17, co. 3, l. n. 196/2009 non contempla neppure per cenni la questione in parola.

Ed è da credere che ciò dipenda dalla prassi seguita che, peraltro commassando in unico contesto due diversi atti (cioè autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione), ha adottato (salvo poche eccezioni) la legge ordinaria anche in relazione ad accordi internazionali incidenti (in vario modo) sul sistema costituzionale.

Il caso più eclatante è certamente quello dei trattati per la c.d. integrazione europea.

Le norme costituzionali che disciplinano i rapporti internazionali, tuttavia, non derogano alla generale attribuzione delle competenze normative: non v'è alcun dato testuale (o sistematico) che consenta di trarre dagli artt. 11 e 80 Cost. elementi tali da legittimare con lo strumento della legge ordinaria l'ingresso nel nostro ordinamento di disposizioni pattizie che abbiano contenuto "materialmente" costituzionale, tali da recare o implicare deroga ai disposti della Costituzione.

D'altra parte la questione non può essere risolta col mero riferimento (paralogico, a ben vedere) secondo cui la collocazione delle norme dei trattati dipenderebbe da quello dell'atto (interno) che vi dà esecuzione, di tal che qualora si provveda con legge ordinaria esse assumerebbero pari rango.

Sul punto occorre soffermarsi, sia pur brevemente, perché dimostra esemplarmente quali conseguenze possano derivare allorché in sede parlamentare non si presti la dovuta attenzione alla necessità di scrutinare il contenuto dei trattati e il suo impatto sull'ordinamento costituzionale come strutturato dalla nostra carta fondamentale, al fine di scegliere in modo appropriato il tipo di fonte da utilizzare per la loro ratifica, così evitando di "delegare" ad altri organi l'individuazione della allocazione di questi e degli eventuali apparati organizzativi con essi istituiti, con moduli flessibili privi di effettivo ancoraggio nei disposti fondamentali (o con essi addirittura contrastanti).

Tanto più grave ed acuta l'esigenza che il Parlamento adottando lo strumento di ratifica si riappropri della prerogativa di determinare il livello di inserimento dei trattati nel sistema delle fonti, ove appena si consideri che il Giudice delle leggi ne ha minato le basi con la propria

giurisprudenza in materia comunitaria, per giustificare la quale, con evidente sovrascrittura interpretativa, ha attribuito all'art. 11 Cost. funzione di legittimazione al legislatore ordinario quanto alla autorizzazione ed esecuzione di trattati limitativi della sovranità italiana, sol che le maggioranze di governo ne valutino la corrispondenza a fini di pace e di giustizia tra le Nazioni.

L'evolversi di tale indirizzo ermeneutico ne ha rivelato peraltro tutti i limiti e i difetti, nonché i pericoli, per l'alterazione del sistema che ne è derivata e la sostanziale degradazione a "clausola di stile" di ogni riferimento ad una riserva di riscontro di costituzionalità quanto al rispetto di (mai ben identificati) principi supremi: proprio la Corte ha, infatti, avallato con tale teoria una gravissima deroga ai suddetti principi, avendo permesso al legislatore di esercitare una competenza priva di fondamento costituzionale, persino letterale, ed in contrasto con le essenziali garanzie democratiche relative alla formazione degli atti apicali dello Stato (delegata in misura sempre più ampia a strutture esterne al circuito della rappresentanza politica nazionale) e, poi e comunque, perché in momenti decisivi non ne ha potuto fare uso, per l'ovvia ragione che una declaratoria di incostituzionalità della legge di autorizzazione alla ratifica di un trattato internazionale importerebbe responsabilità internazionale dello Stato

Senza dire che, come pure – ma di rado – è stato notato, altra grave deroga alla Costituzione sta proprio nella arrogazione da parte della Corte costituzionale del potere di assumere «una decisione politica sostanzialmente equivalente al recesso dello Stato italiano dalle Comunità europee»¹, almeno da quando essa cominciò, con la sent. n. 183/1973, a cedere alle pretese (abnormi) della Corte di Giustizia, la quale, con la nota decisione 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*² affermò duramente che spettava ad ogni giudice nazionale il dovere di disapplicare le disposizioni di diritto interno da lui ritenute in contrasto con quelle dei regolamenti comunitari (salvo il rinvio pregiudiziale per la soluzione di dubbi interpretativi).

In altri termini, il Giudice europeo, eccedendo palesemente dalle sue competenze, non si limitò a giudicare (peraltro con scarsa motivazione, povera del debito dettaglio) inadeguati gli strumenti italiani di adattamento al diritto comunitario, ma prese le vesti di legislatore costituzionale disponendo nel senso che si è appena rammentato.

La nostra Corte costituzionale, a fronte di tale intromissione (che rompeva l'essenziale limite tra diritto interno e diritto internazionale o interstatale), ne agevolò il portato effettuale, accettando una sorta di "scambio" tra la rinuncia al sindacato di legittimità costituzionale sulle singole norme comunitarie direttamente applicabili nell'ordinamento italiano (delle quali "accertava" non solo la resistenza alla volontà posteriore del legislatore, ma anche alla Costituzione) e la intestazione a se medesima di un essenziale potere politico.

Non si è forse sottolineato, e certo non abbastanza, il rilievo di tale "accordo" tra la Corte di Giustizia (con pretese fondative di un ordine uniforme sotto il suo stesso impulso e la sua conduzione) e il nostro Giudice delle leggi: rilievo che non si eccede nel definire "costituente".

La Corte costituzionale avrebbe potuto e dovuto rivendicare l'esclusivo potere dello Stato italiano di decidere in ordine a forme e modi di adattamento al diritto comunitario e, quindi, l'invalidabile limite dei principi e delle regole di organizzazione costituzionale, alla cui stretta ogni decisione in ordine alla realizzazione della c.d. *primauté* di tale diritto sarebbe spettata al circuito decisionale di cui all'art. 138 Cost. e ai relativi soggetti.

Tale inderogabile vincolo (discendente dagli artt. 1, 138 e 139 Cost.) è stato invece superato, riconoscendo ad una semplice legge ordinaria (senza alcuna convincente, analitica dimostrazione) quegli effetti fondativi rivendicati dalla Corte del Lussemburgo, con

¹ L. CONDORELLI, *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due Corti a confronto*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 675.

² ...che può leggersi in *Giur. cost.*, 1978, I, 636 ss., con cospicui commenti di BARILE, CARBONE-SORRENTINO, CONDORELLI.

conseguente sostituzione del nucleo essenziale della forma di Stato e di governo instaurata con la Carta del 1948, ridotto ad un incerto novero di principi supremi affidato al presidio discrezionale della Consulta.

Del resto, a ben vedere, ai fini di cui all'art. 5 Trattato CEE (e oggi art. 4, co. 3, seconda disp., Tr. UE), non era (e non è) affatto necessario ancorare la primazia del diritto comunitario alla Costituzione, tantomeno con una escogitazione gravemente derogatoria delle sue regole.

Sarebbe bastato il ricorso agli strumenti internazionalprivatistici di rinvio ad ordinamenti esterni, con le relative garanzie, che per un verso avrebbe legittimato comunque la applicazione in sede giurisdizionale del diritto comunitario a preferenza di quello nazionale, ma, al contempo, avrebbe consentito il capillare presidio, affidato a tutti i giudici (e tra questi alla Corte, ma non solo ad essa) sul rispetto dei principi fondamentali della comunità statale (c.d. ordine pubblico internazionale)³, tra i quali certamente va annoverato quello per cui le limitazioni di sovranità (che, anche nella accezione dell'art. 11 Cost., devono correttamente intendersi come capacità di vincolare la libertà di azione dello Stato nei rapporti con gli altri Stati⁴), non possono dare luogo o comunque ridondare in revisioni costituzionali o altre trasformazioni dell'ordinamento costituzionale, men che meno in modi contrastanti o che in

³ Cfr. la tesi perspicuamente argomentata da G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale*, Padova, 1987, spec. 15 ss. e 41 ss.

⁴ Cfr. G. SPERDUTI, *Sulle «limitazioni di sovranità» secondo l'articolo 11 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, 473 ss., nonché in ID., *L'ordinamento italiano e il diritto comunitario*, Padova, 1981, 11.

La tesi, autorevolmente sostenuta (P. BARILE, *Rapporti fra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Com. int.*, 1966 e poi in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 710), secondo cui così inteso l'art. 11 Cost. sarebbe ultroneo, «non essendovi bisogno di una norma *ad hoc* per permettere al legislatore costituzionale di consentire l'adesione dell'Italia ad organismi sopranazionali», mentre, d'altra parte, «in un altro caso (art. 80 Cost.) il costituente ha preveduto eventuali limitazioni di sovranità (variazioni del territorio nazionale) a mezzo di leggi ordinarie di autorizzazione».

Ora, mentre l'analisi dell'insigne A. si segnala per la schiettezza di qualificazione di quelle europee come norme *contra constitutionem*, pare doversi sommessamente dissentire in ordine ad entrambi i profili.

Per un verso, infatti, l'art. 11 Cost. non impone il ricorso a fonti di rango costituzionale: in astratto potrebbe essere sufficiente anche la legge ordinaria, ma è la portata degli obblighi contraendi che decide la questione. A ben vedere, anzi, l'opinione che qui si contrasta, ha veicolato con successo il tentativo (elaborato significativamente a cose ormai fatte!) di imputare all'art. 11 una straordinaria capacità di facoltizzare le Camere a compiere scelte contrarie alla Costituzione (non a caso lo stesso Barile richiama la tesi formulata da C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, 1963, 189 ss. e ora in ID., *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992, 371, nt. 24, secondo cui l'art. 11 Cost. «è rilevante solo perché consente al Parlamento ed agli organi esecutivi di manifestare volontà di perenne limitazione della sovranità italiana. Queste manifestazioni di volontà, in sé e per sé, secondo l'intera Costituzione (a partire dall'art. 1) non sarebbero consentite, in mancanza dell'art. 11, neanche alle leggi di revisione»).

Mi pare non casuale che entrambe le teorie si servano di argomenti *extra ordinem*: Barile, che acutamente individua il nocciolo del problema nell'incidenza derogatoria e modificativa del diritto comunitario sulla organizzazione costituzionale, pone il limite nella costituzione materiale, per come da lui notoriamente ricostruita; la ricostruzione di Carlo Esposito si serve di strumenti più legati alla forma: nondimeno, essa sottende un elemento eterogeneo rispetto al sistema delineato dalla Carta del 1948, di carattere "costituente".

Se poi si considera la dinamica che viene così messa in moto, sembra emergere una situazione molto prossima a quella dogmaticamente ricostruita da Carlo Lavagna (*Basi per uno studio delle figura giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi ec.-giuridici Univ. Cagliari*, 1953, 80), per cui l'art. 11 Cost., *in parte qua*, assumerebbe carattere di impegno unilaterale «attributivo, in sé e per sé, agli Stati esteri, di particolari s.g. *raccomandate* ed in parte *garantite*», di tal che la collettività italiana sarebbe obbligata ad aderire alle organizzazioni che una maggioranza parlamentare non qualificata riconosca anche solo indirettamente finalizzata ad assicurare pace e giustizia tra le Nazioni: ciò che in definitiva corrisponde alla lettura maggioritaria dell'art. 11 Cost. e soprattutto a quella della Corte costituzionale, che nega al requisito (viceversa essenziale) delle condizioni di parità con gli altri Stati (che non è se non la traduzione della clausola di reciprocità posta nel Preambolo alla Costituzione francese del 1946, dalla quale l'art. 11 è stato quasi testualmente ripreso) altro rilievo che non sia quello della mera eguale capacità di contrarre obblighi interstatali.

ogni caso neghino le forme e i limiti di esercizio della sovranità popolare, di cui all'art. 1 Cost., che è assicurata in definitiva dalla riserva di cui all'art. 138 Cost. e dai limiti di cui all'art. 139 Cost. (con netta inammissibilità, pertanto, di ogni interpretazione che deduca simili effetti)

Portandone l'esegesi alla massima estensione, l'art. 11 Cost. può infatti considerarsi come norma che, per le finalità, tutte le finalità (comprovatamente dimostrate) ivi indicate, consenta di far luogo ad una revisione che superi i limiti di cui all'art. 139 Cost., salvaguardando, tuttavia, la garanzia di autodeterminazione di cui all'art. 1 Cost. e, quindi, un novero minimo di caratteri indisponibili dello statuto della collettività federata.

Anche a voler postulare quindi che sulla base della suddetta disposizione possa farsi luogo (con legge di revisione) alla federazione della Repubblica italiana in una unione di Stati, nondimeno sarebbero mancate le condizioni di parità con gli altri Stati, per aversi le quali questi dovrebbero contemporaneamente attuare processi aventi i medesimi effetti.

Nei suoi termini basilari, la soluzione costruita dalla giurisprudenza costituzionale si traduce, invece, in qualcosa di simile alla anticipazione unilaterale delle condizioni che si avrebbero ove si realizzasse una federazione, dunque in assenza di pari volontà trasformativa in capo agli altri Stati che ne dovrebbero fare parte (molti dei quali, viceversa, hanno serbato intatto il controllo sulle condizioni di legittimità della partecipazione al "consorzio europeo", utilizzato come plesso ausiliario di quello statale), con "interiorizzazione" del diritto esterno (significato dal venir meno del controllo di legittimità costituzionale) e, ciò che è peggio, senza che la collettività italiana abbia mai potuto esprimersi al riguardo, men che meno secondo i propri principi fondanti.

L'esito è noto: gli atti normativi comunitari, tanto i trattati, quanto il c.d. diritto derivato vengono allocati a livello costituzionale, con prevalenza però sulla gran parte delle disposizioni e dei principi della Costituzione del 1948 (l'eccezione, si è detto, riguarda principi supremi contraddittoriamente privati, tuttavia, di ogni riferimento alla sovranità che, anche in quanto *originarietà*, rappresenta il presupposto sul quale quei principi supremi, o sovrani, dovrebbero incardinarsi: ma tale concetto si esprime in primo luogo quale potestà di autogoverno), derogati del resto dalla stessa posizione a tale livello.

Il mutamento è appena velato dal ricorso (presente già nella sent. n. 18/1973 e sviluppato nella notissima n. 170/1984) all'argomento della duplicità degli ordinamenti (benché uno dei due, quello europeo, non abbia alcuna esistenza autonoma al di fuori del suo legame con quello statale) e del loro "parallelo convergere": un *escamotage* per schivare la radicale obiezione di illegittimità costituzionale, validamente opponibile a fronte della sostanziale creazione di un "ramo maggiore" dell'ordinamento sottratto al dominio costituzionale, per di più in difetto di effettive condizioni di parità con gli altri Stati.

È appena il caso di segnalare che i rapporti di prevalenza e di subordinazione tra norme esprimono «situazioni di prevalenza e di subordinazione tra i poteri che attraverso quelle norme si manifestano, nonché tra i relativi modelli organizzativi»⁵: tralasciata in quest'ottica la tesi propugnata dalla Corte costituzionale comporta che il governo nazionale «spostandosi da Roma a Bruxelles ed agendo nel quadro comunitario d'accordo con gli altri governi nazionali, può, saltando a piè pari ogni efficiente meccanismo di controllo democratico, elaborare e far piovere nell'ordinamento italiano norme (regolamenti comunitari) che abrogano le leggi precedenti del Parlamento italiano, che impediscono al Parlamento italiano di emanare successivamente valide norme di contenuto difforme, che non hanno da fare i conti con i principi sanciti nella Costituzione italiana, dato che sfuggono al sindacato di legittimità costituzionale», con gravi conseguenze «di carattere eversivo rispetto ai rapporti ed agli equilibri tra poteri e tra norme che sono voluti dalla Costituzione»⁶.

⁵ L. CONDORELLI, *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due Corti a confronto*, cit., 673.

⁶ L. CONDORELLI, *op. loc. citt.*

L'omesso esercizio della funzione di cui all'art. 138 Cost., pretesamente sostituita con atti di legislazione ordinaria, la cui insufficienza è comprovata dalla integrazione interpretativa acconciata dal Giudice delle leggi (fattosi così esso stesso legislatore costituzionale), colpisce la stessa espressione normativa della concreta decisione costituente, il suo nocciolo identitario, la cui esistenza è manifestamente presupposta (e comunque logicamente implicata) sia dall'art. 139 Cost., sia, per la parte che è invece legittimo oggetto di modifiche, in relazione alla previsione in forza della quale tali modifiche devono essere puntuali ed espresse e come tali passibili, a loro volta, di scrutinio di legittimità.

Qui si gioca davvero il limite tra giurisdizione e politica, avuto riguardo alle attribuzioni della Corte costituzionale.

Ora, appare agevole concludere che il plesso normativo e di principio al quale ci si è appena riferiti esclude la validità (se non anche la giuridica esistenza⁷) di atti, attività o condotte che intendano conseguire od oggettivamente conseguano effetti di revisione costituzionale, al di fuori delle prescritte procedure (e quindi a danno degli interessi e dei valori sottesi alle medesime⁸): ciò che, all'evidenza, osta ad ogni tentativo di dissociare la forza di un atto normativo dalla sua forma e, quindi, dal modo della sua formazione.

Correlativamente, la scelta della forma da adottare deve, allora, riferirsi agli effetti direttamente prodotti dall'atto.

L'alterazione di questa relazione di corrispondenza e la sua sostituzione con un apprezzamento discrezionale del Giudice delle leggi, sottrae fondamento alla rigidità costituzionale (di una certa, determinata costituzione storica) e il suo ancoraggio ad una specifica "costruzione a gradi" dell'ordinamento e della sua legittimazione⁹, peraltro, per quanto qui più interessa, in quel suo punto nodale che è la relazione con autorità e fonti normative estranee al circuito dei sistemi e subsistemi di produzione normativa tipizzati dall'Assemblea costituente in coerenza con il principio di sovranità popolare.

Ma proprio in tale direzione si situa la scelta della nostra Corte costituzionale, avallata ed avvalorata in dottrina con la elaborazione della pseudocategoria delle fonti atipiche, che, collocandosi sul crinale scivoloso delle modifiche della Carta fondamentale ulteriori rispetto a quelle consentite dal "tipo" di cui all'art. 138 Cost., introduce un elemento che, sotto le mentite spoglie degli strumenti di adattamento dell'ordinamento costituzionale, determina, nel caso in esame, la sottrazione di scelte politicamente essenziali (esistenziali, se possibile) a quell'articolato coordinamento poliarchico che tale disposizione costituzionale prevede con la disciplina di un atto complesso posto in essere dalle due camere con maggioranze qualificate ed eventualmente dal corpo elettorale mediante giudizio referendario.

Si introduce così un elemento di incertezza nell'assetto costituzionale delle fonti (e quindi dei poteri), la cui "composizione" è rimessa ad apprezzamenti di carattere puramente politico e non più verificabili secondo un parametro ben definito di confronto¹⁰.

⁷ Lasciando del tutto impregiudicata l'annosa disputa circa la stessa configurabilità di una categoria di giuridica inesistenza, essa, quale grado radicale di nullità, appare utile per le conseguenze che può determinare, soprattutto nella materia che ne occupa, sul piano del sindacato giurisdizionale "diffuso", allorché la Corte costituzionale non solo non abbia attivato gli strumenti (di accertamento e di annullamento) che le consentono di sanzionare gli "eccessi di potere" in questione, ma abbia invece cooperato nella formazione delle relative fattispecie.

⁸ Cfr. A. PREDIERI, *Le fonti del diritto nella costituzione spagnola del 1978*, in E. GARCIA DE ENTERRIA-A. PREDIERI, *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982, 184, per acuti riferimenti al nesso tra procedure di revisione, criterio gerarchico, minor distanza dal popolo e maggiore conseguente ampiezza del subsistema decisionale.

⁹ Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, nach. der 2. Aufl. Von 1928, Aalen, 1960, 93.

¹⁰ Si è accennato, infatti, che le vicende oggetto di trattazione coinvolgono anche la definizione delle funzioni della Corte costituzionale, che, secondo il dettato della Carta, dovrebbero essere e rimanere di carattere esecutivo-applicativo. Il parametro del perseguimento della pace e della giustizia tra le Nazioni, tanto più ove ricostruito – come in effetti è accaduto – in modo irrelato rispetto alla "codificazione costituzionale" di tali due valori, si presenta come riferimento tanto ampio, da risultare generico e, in ogni caso, identificabile soltanto da fattori esogeni rispetto al c.d. apparato

Ne è conseguita la estromissione delle minoranze parlamentari e dello stesso corpo elettorale (al quale è sottratto ogni strumento di legittima reazione, perché l'art. 75 Cost., com'è ben noto, non consente consultazioni referendarie che abbiano ad oggetto le leggi di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali) dalla partecipazione a valutazioni in ordine alla contrazione di obblighi e alla istituzione di organizzazioni dei quali è dubbia addirittura la compatibilità con i principi costituzionali, a maggior ragione ove la loro articolazione dispositiva coincida per intero e senza riserve con quella contenuta negli accordi internazionali (o interstatali), in forza di un mero ordine di esecuzione dato, appunto, con legge ordinaria e senza, dunque, la benché minima cautela di adattamento, con ciò dando luogo – come si è cercato di illustrare – alla decostituzionalizzazione del sistema delle fonti.

A riprova di quanto si è venuto dicendo, si possono addurre tanto la riforma apportata dalla l. cost. n. 3/2001, tanto quella più recente del 2012.

Ai nostri fini, mette conto soffermarsi – in questa sede, per ragioni di brevità – soltanto sulla prima (salvo forse qualche cenno anche alla l. cost. n. 1/2012), con la quale è stato introdotto un nuovo primo alinea all'art. 117, col quale si fa carico al legislatore di esercitare la potestà legislativa nel rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

La incerta fattura di tale disposizione, che fa uso di una locuzione la cui genericità è tale da comprendere qualsiasi obbligo internazionale anche non di fonte normativa, è una sorta di epitome di una regola già affermata in via giurisprudenziale, quella cioè secondo cui la Corte può non solo scegliere a quale livello del sistema delle fonti collocare i trattati, ma addirittura modularne il grado.

In linea di principio, non solo gli accordi, ma, come si è appena visto, ogni altra fonte di obbligo internazionale concorre ad integrare la Costituzione in funzione di parametro del giudizio di legittimità costituzionale.

Ma per l'esigenza stessa di limitare effetti paradossali di un principio così mal congegnato, che condurrebbe a conseguenze contrastanti con la volontà dell'Assemblea costituente di non riconoscere rango costituzionale al diritto internazionale pattizio in quanto tale, la Consulta finisce per esercitare un esuberante funzione ricostruttiva.

E proprio la giurisprudenza concernente la CEDU è in proposito esemplare.

La Corte costituzionale, con le note sentenze c.d. gemelle (nn. 348 e 349 del 2007) esclude che la Convenzione trovi copertura nell'art. 11 Cost.: e ciò perché essa, diversamente dal diritto europeo, non produrrebbe effetti diretti, benché in entrambi i casi l'ordine di esecuzione sia stato dato con legge ordinaria (ed è del resto intuitiva la contraddizione del ragionamento della Corte, che esclude l'art. 11 Cost. proprio per un caso che presenta gli estremi teleologici di tale disposizione¹¹).

Sotto altro profilo, il Giudice delle leggi ha escluso che la CEDU dia luogo ad un ordinamento e che pertanto da essa possano discendere effetti diretti: conclusione doppiamente erronea, atteso che, ancora una volta, l'efficacia interna del trattato è legata all'ordine di esecuzione e, d'altro canto, la sent. n. 349/2007 attesta che la Convenzione integra un trattato di natura peculiare, in considerazione della istituzione di una organizzazione, di carattere giurisdizionale, posta a presidio della uniformità di interpretazione delle relative norme, di tal che dalla stessa giurisprudenza costituzionale (non dunque da disposti della Carta fondamentale) «è dunque possibile un riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione» (punto 6.1.2. del *Considerato in diritto*), che fanno conseguire una posizione

produttivo di norme: ciò che ha consentito alla Corte costituzionale di esercitare un vero e proprio potere politico, paragonabile – come rilevava acutamente Alberto Predieri (*Le fonti del diritto*, cit., 180 s.) a proposito della clausola del contenuto essenziale dei diritti, presente nella Costituzione spagnola (che la trae da quella tedesca) – a quello di concedere o revocare la fiducia.

¹¹ Residua semmai il problema delle condizioni di parità (e dunque di reciprocità): ma non è questo l'elemento cui la Corte costituzionale ha dato rilievo.

altrettanto peculiare all'atto normativo che ne ha autorizzato la ratifica e le ha rese esecutive nel nostro Paese.

La Consulta ha escluso poi l'applicabilità dell'art. 11 Cost. anche in relazione alla pretesa inconfigurabilità di limitazioni di sovranità che discendano a carico dell'Italia dall'adesione alla CEDU. È il punto dal quale emerge con maggior nitore la deformazione del sistema delle fonti e la latissima discrezionalità che la Corte esercita: è evidente ed è stato lucidamente rilevato che «la decisione di partecipare alla CEDU vada valutata come una scelta politica di altissimo profilo e a carattere fondamentale, chiamata ad influire permanentemente sull'assetto costituzionale degli Stati ed a integrarne i principi basilari». Con evidenti ed immediati riflessi limitativi della funzione legislativa e, conseguentemente, sul basilare art. 101, co. 2, Cost.

È pertanto innegabile, avuto riguardo alla sostanza effettuale della CEDU e alla *ratio* stessa della sua stipulazione, che essa comporti effetti integrativo-modificativi dell'ordinamento costituzionale (ancorché in senso piuttosto conforme che difforme rispetto ai suoi principi salva però ogni ulteriore valutazione in termini di approntamento dei meccanismi di adattamento, sui quali però l'ordine di esecuzione è ben poco di aiuto ed anche in ciò manipolativamente supplito dalla Corte costituzionale): donde la necessità che la sua ratifica e, soprattutto, la sua esecuzione siano fatte con atto normativo di rango costituzionale.

Diversamente, le norme della CEDU, veicolate da legge ordinaria, dovrebbero assumerne la posizione nella gerarchia delle fonti.

Senonché la Corte costituzionale, facendo leva sull'art. 117, co. 1, Cost., attribuisce alla Convenzione, in considerazione di quelle medesime peculiarità che, a ben vedere, ne individuano l'impatto oggettivamente costituzionale, un rango intermedio tra la Costituzione e le leggi, perché integrative della prima e prevalenti sulle seconde, salva la subordinazione, a loro volta, alla prima, nel senso della necessità di coordinamento sistematico e, ancorché non espressamente, del rispetto dell'art. 139 Cost.

Tuttavia la reale portata del vincolo e, quindi, i caratteri "strutturali" di tale fonte sono rimessi alla modulazione della Corte costituzionale, come dimostra il riferimento, nelle suddette sentenze "gemelle", alla efficacia della CEDU quale criterio per l'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni interne e, più ancora, dalla statuizione che le antinomie tra Convenzione e legge nazionale devono essere risolte dalla Corte e non dal giudice comune, escludendo che la posizione dei singoli sia direttamente ed immediatamente tributaria della Convenzione, ancora una volta però in presenza di un ordine di esecuzione dello stesso rango di quello utilizzato per i trattati europei e, quindi, allo stesso "diaframma normativo" al quale la Corte fa riferimento come se concernesse soltanto la CEDU.

Mi pare, insomma, che dal quadro sinteticamente delineato emerga con chiarezza come la mancanza di corrispondenza tra atti normativi utilizzati per la ratifica e per la esecuzione dei trattati europei e della CEDU e natura degli effetti determinati dalla loro applicazione sia da ricondurre ad "esuberanze ermeneutiche" della Corte costituzionale (tali da dare corpo ad una funzione *extra ordinem*), che, a loro volta, hanno trovato spazio (se non fondamento) nelle scelte sinora effettuate dalle Assemblee parlamentari, con perniciosa alterazione del quadro delle competenze costituzionali e dei rapporti tra i poteri dello Stato e, ancora, con sottrazione alla collettività popolare (nella sua variegata e complessa articolazione, che dovrebbe trovare espressione nei qualificati procedimenti di revisione costituzionale) di scelte relative al rapporto con le istituzioni di governo.

Il rilievo delle norme contenute nel Protocollo 16, in forza di una delle quali tale atto assume valore di vera e propria revisione della CEDU, imporrebbe quindi di recuperare all'area dell'art. 138 Cost. i procedimenti deliberativi per la ratifica e per la esecuzione, restituendo agli organi rappresentativi e al corpo elettorale la competenza ad assumere decisioni che attengono alle forme ed ai limiti di esercizio della sovranità.

Pare opportuno segnalare infatti che la diversa prassi sin qui seguita ha determinato quella accumulazione di c.d. *acquis* – in prevalenza riferibili alla integrazione europea – che la stessa Corte non ha esitato a definire in termini di rinuncia a spazi di sovranità (ord. n. 24/2017) e di incorporazione dello Stato italiano in un più ampio ordinamento, con cessione di sovranità (sent. n. 348/2007) senza neppure preoccuparsi di verificare se fenomeni di tale portata:

a) corrispondessero almeno a volontà espressa dal popolo (che, per quanto attiene alla prospettata confluenza per incorporazione neppure potrebbe darsi in forme costituzionalmente previste¹² ;

b) in ogni caso, corrispondessero ai requisiti di cui all'art. 11 Cost., così adempimento ai suoi compiti di scrutinio della legittimità costituzionale, tanto per gli aspetti procedurali, quanto per quelli contenutistici ed effettuali.

Tale contesto ha agevolato poi la riforma costituzionale del 2012 che, in particolare con la nuova formulazione dell'art. 97 Cost., ha dato rilievo alla cennata stratificazione di alterazioni dell'ordine costituzionale, con la espressa sottoposizione del circuito decisionale nazionale a quello dell'ordinamento c.d. eurounitario, convertendo il previo obbligo di coordinamento cooperativo con gli altri Paesi attraverso gli organi "consortili" comuni, in vera e propria strutturazione dello Stato, il cui vertice è oggi dunque posto al di fuori del territorio nazionale e, soprattutto, è composto in modi e forme che prevedono, con forza di norma costituzionale, il controllo e la prevalenza di Governi stranieri.

Sul merito.

I profili critici ai quali si è fatto sin qui cenno, trovano causa ulteriore in molti "dettagli del Protocollo", i cui disposti mi sembrano confermare l'incidenza sulla organizzazione costituzionale interna.

Il Protocollo 16 determina infatti un effetto di "attrazione" della Corte EDU all'interno del sistema statale, sotto pretesto di prevenire conflitti interpretativi e di armonizzare orientamenti giurisprudenziali relativi alla CEDU e, quindi, per quanto si è detto, delle fonti interne subcostituzionali, ma anche quelle costituzionali, dal momento che, come si è accennato, la (interpretazione delle) disposizioni della Convenzione viene annoverata dalla Corte costituzionale tra gli strumenti da utilizzare per la c.d. interpretazione conforme a Costituzione, di tal che le stesse norme di questa devono necessariamente essere lette (a riprova della diretta incidenza della CEDU a livello apicale) alla luce di quelle convenzionali.

Già per tale profilo il Protocollo solleva ragionevoli dubbi di legittimità costituzionale: il *proprium* della Convenzione sta nella alterità tra essa (e per essa della Corte, che ne è presidio) e gli Stati. E ciò consente che possa instaurarsi un giudizio rispettoso dei canoni del rapporto

¹² Nondimeno tale statuizione "accertativa" della Corte costituzionale, a prescindere da ogni considerazione critica circa l'esattezza dogmatica, è autorevolmente significativa di intercorsi mutamenti della stessa forma di Stato, che, pur accedendo alle tesi che ritengono ammissibili deroghe o sospensioni o altre forme di privazione (parziale) di vigore alla disposizioni costituzionali (tesi che paiono tuttavia eccessivamente focalizzate su astratti rapporti tra atti normativi e molto meno sulle corrispondenti ed anzi presupposte questioni di organizzazione), pongono il problema della compatibilità con i principi positivi della Carta del 1948, rimasti, appunto, intatti.

A meno di non voler ritenere che i mutamenti suddetti debbano ormai considerarsi giuridicamente irreversibili: ciò che tuttavia non può in alcun modo concedersi, dal momento che, come si è appena accennato, la permanente vigenza dei principi originari (e le relative pretese individuali e collettive) rendono sempre possibile la riproposizione di eccezioni di incostituzionalità cfr., al riguardo, G. GUARINO, *Ratificare Lisbona?*, Firenze, 2008, 15, sulla inammissibilità dell'istituto dell'acquiescenza nel diritto costituzionale e già prima ID., *I decreti legislativi luogotenenziali sulla normatività della costituzione materiale*, in *Foro pen.*, I, 113 ss., ora anche in ID., *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, I, Napoli, 1994, 129 ss.

processuale, che vuole il giudice, com'è ben noto, in posizione di terzietà e di imparzialità. Ciò che del resto prevede a conferma l'art. 6 della CEDU, che vuol garantire tra l'altro la indipendenza e la imparzialità dei tribunali.

L'effetto di attrazione si evince dal ruolo davvero singolare che il Protocollo assegna alla Corte di Strasburgo, alterandone, come cercherò di mostrare, la funzione e, in definitiva, sottraendo vigore ed efficacia a quelle garanzie individuali che proprio l'istituzione di tale giudice dovrebbe rafforzare e rendere concrete.

Con fraseggio ampio e generico si prevede che le "le più alte giurisdizioni" (e ogni Paese individua le sue) potranno (dunque avranno facoltà) di "presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli".

I d.d.l. di autorizzazione alla ratifica (art. 3), conformemente a quanto dispone l'art. 10 del Protocollo individua tali sedi giurisdizionali nella Corte di cassazione, nel Consiglio di Stato, nella Corte dei conti (senza distinguere tra le sezioni giurisdizionali territoriali e quelle centrali!) e nel Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, lasciando, con singolare (e molto significativa previsione) alla Corte costituzionale di provvedere "con proprie disposizioni all'applicazione del Protocollo di cui al comma¹", senza per di più neppure precisare se essa debba o semplicemente possa così procedere.

A tali giudici è consentito di formulare richiesta di parere alla Corte EDU, sospendendo il processo sino alla ricezione del medesimo.

L'art. 5 del Protocollo dispone espressamente che il parere in questione non è vincolante. È legittimo ritenere che, a parte i casi (probabilmente rari) di espresso e manifesto dissenso del giudice *a quo*, che implicherebbe un onere di motivazione particolarmente complesso, tanto più in ragione della facoltatività della richiesta, la non vincolatività sia destinata a garantire alle giurisdizioni nazionali di vertice - le quali, in forza dell'attuale assetto delle loro competenze, sono chiamate ad esercitare una vera e propria attività di inderogabile direzione ermeneutica, vieppiù svincolata da criteri di aderenza alla volontà normativa per come oggettivatisi nei testi, nonché dai casi concreti di applicazione delle norme - un ampio margine per la "rielaborazione" interpretativa dell'opinione espressa dalla Corte EDU.

Del resto il *Rapporto esplicativo al Protocollo n. 16*, quanto all'art. 5, chiarisce che «l'autorità richiedente decide sugli effetti del parere consultivo nel procedimento nazionale».

Il medesimo documento aggiunge poi che «Il fatto che la Corte abbia emesso un parere consultivo su una questione sollevata nell'ambito di una causa pendente dinanzi a una autorità giudiziaria di una Alta Parte contraente, non impedisce a una parte di tale causa di esercitare successivamente il suo diritto a un ricorso individuale ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione, vale a dire che essa può comunque portare la causa dinanzi alla Corte. Tuttavia, laddove un ricorso venga proposto successivamente all'emissione di un parere consultivo della Corte che sia stato effettivamente osservato, si ritiene che tali elementi del ricorso che riguardano le questioni affrontate nel parere consultivo debbano essere dichiarati irricevibili o debbano essere stralciati».

Ne consegue una radicale trasformazione delle garanzie individuali approntate dalla CEDU e, nel contempo, la accentuazione di una linea di tendenza, già variamente alimentata, che segna una trasformazione involutiva di quelle dello Stato di diritto e del principio di legalità, che nell'art. 101, co. 2, Cost. trovano il più solido punto di emersione a livello costituzionale. Il parere della Corte EDU, posto, per così dire, a disposizione del giudice che lo ha richiesto, è suscettibile invece di produrre vincolo nei confronti delle parti del giudizio, nella misura in cui sia stato effettivamente osservato.

L'espressione utilizzata (e significativamente collocata al di fuori del testo normativo convenzionale, in funzione di addizione esplicativa) è tutt'altro che chiara ed univoca.

Ve n'è però quanto basta per trarne il sospetto che si finisca così per far subire all'essenziale mezzo di tutela di cui all'art. 34 CEDU una conversione sostitutiva del diritto di azione con

una sorta di ‘interesse occasionalmente protetto’: la postulazione individuale patisce infatti una valutazione di ricevibilità e dunque un condizionamento derivante dagli esiti applicativi (di lata discrezionalità) di una fase incidentale del processo dinnanzi al giudice nazionale, del tutto sottratta al contraddittorio tra le parti.

Non sappiamo se e come tale fase sarà ulteriormente disciplinata (ma c’è da dubitarne): è certo in ogni caso, e tanto basta ai nostri fini, che si delinea una sospensione e nient’affatto simile – come invece si afferma nelle relazioni di accompagnamento – a quelle già previste nel nostro ordinamento.

L’art. 1, co. 3, Protocollo n. 16 dispone sì che “La giurisdizione che presenta la domanda deve motivare la richiesta di parere e produrre e gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente”: tanto vuol dire però che la questione di principio sulla quale si chiede l’intervento consultivo della Corte EDU viene articolata in tutti i suoi termini, ivi compresi quelli (fondamentali nella prospettiva individuale della tutela giudiziale) relativi agli elementi fattuali, ovviamente essenziali ai fini della corretta individuazione delle conferenti norme di diritto¹³, dalle “alte giurisdizioni”, senza attribuire alle parti del giudizio *a quo* alcun diritto di partecipazione.

Ma quand’anche volesse ritenersi che il giudice nazionale, per regime processuale generale, reso esplicito dall’art. 101, co. 2, c.p.c. (“*Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione*”), sia obbligato a provocare il contraddittorio tra le parti sulla questione da lui sollevata (mentre contraddittorio certamente vi sarebbe nell’ipotesi in cui la questione medesima potesse formare oggetto di una eccezione di parte: ma non v’è alcun dato espresso che consenta di ritenere che vi sia spazio per un tale eccezione, attesa la previsione del Protocollo, espressamente orientata in senso diverso), nondimeno è certo che ai sensi dell’art. 3 del Protocollo, hanno diritto di presentare osservazioni per iscritto alla Corte EDU in relazione alla questione sollevata e di partecipare alle udienze il Commissario per i diritti dell’uomo del Consiglio d’Europa e l’Alta Parte contraente cui appartiene l’autorità giudiziaria che ha richiesto il parere. Al Presidente della Corte spetta invece il potere discrezionale “di invitare anche altre Parti contraenti o persone a presentare osservazioni per iscritto o a prendere parte alle udienze”, ma “nell’interesse di una buona amministrazione della giustizia” e non già, tantomeno direttamente, per esigenze di tutela dei diritti delle parti del giudizio *a quo*, come per altro verso dimostra la priorità assegnata alla chiamata di altri Stati rispetto a quelle delle persone, in un contesto dispositivo che sembra ispirato piuttosto alla predisposizione di contributi istruttori (una sorta di *hearings*).

In altri termini, una frazione del giudizio *a quo* – essenziale, perché attiene alla formazione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale, rispetto alla quale proprio la CEDU, stando alla giurisprudenza della Corte costituzionale, costituisce uno dei fattori determinanti, perché vincola le operazioni ermeneutiche relative al diritto nazionale, ad esso sovrappo-
nendosi e potendo darne una versione anche sensibilmente manipolata rispetto alle enunciazioni verbali e, pertanto, anche dalla prospettazione che le parti, basandosi su di esse, ne diano, in giudizio, quale elemento del fatto, in relazione all’affidamento determinato dai sensi fatti palesi dal significato proprio delle parole – si svolge senza contraddittorio tra le parti, in un colloquio tra autorità, che, oltre a determinare pregiudizio all’inviolabile diritto di difesa di cui all’art. 24, co. 2, Cost., aggrava quelle “trasformazioni” del rapporto Stato-cittadino alle quali si è fatto riferimento, determinate dalla sovrapposizione della Convenzione rispetto al quadro delle regole costituzionali e la degradazione del circuito decisionale

¹³ Cfr., se vuoi, M. ESPOSITO, *Considerazioni sugli impedimenti costituzionali dello stare decisis*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. BEGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS, Torino, 2019, 673 ss.

rappresentativo (non a caso storicamente correlato proprio alle garanzie processuali individuali), subordinato al c.d. dialogo tra le Corti.

Si capisce, allora, che l'art. 6 del Protocollo n. 16 disponga che "Le Alte Parti contraenti considerano gli articoli 1-5 del presente Protocollo come articoli addizionali alla Convenzione, e tutte le disposizioni della Convenzione si applicano di conseguenza".

All'opposto di quanto si afferma nella relazione di accompagnamento al d.d.l. governativo, la norma appena richiamata vuol rendere esplicita la portata sistematica del Protocollo n. 16 e la sua capacità di introdurre mutamenti che retroagiscono su tutti gli altri precetti convenzionali.

Ora, la compatibilità della CEDU col nostro sistema costituzionale – fermi restando i denunciati dubbi circa le fonti utilizzate – si fonda(va) sulla addizione di garanzia dei diritti individuali e, quindi, sulla riferibilità dei relativi rimedi a scelte del singolo, con effetti limitati alla sua sfera individuale, conformemente al disposto convenzionale che in tale ambito circo-scrive gli obblighi di rispetto dello Stato¹⁴.

È noto che tale limite è stato ampiamente superato dalla Corte costituzionale, la quale ritiene che i giudici italiani siano tenuti a conformare la loro attività applicativa, non già alle disposizioni della CEDU, bensì a queste per come interpretate dalla Corte di Strasburgo alla luce degli orientamenti da ritenere consolidati (e che tali possono risultare in realtà soltanto alla luce della giurisprudenza della Consulta).

La ratifica del Protocollo n. 16 porterebbe a compimento la elisione del carattere individuale della garanzia convenzionale (o, per meglio dire, degli strumenti di cogente attuazione delle norme di tale trattato), rafforzando quel carattere di circuito decisionale alternativo a quello rappresentativo (e prevalente su di esso) che rischia di instaurarsi a causa della espansione delle funzioni attribuite alle giurisdizioni superiori, a quelle costituzionali e a quelle internazionali: alternativo ma non più indirizzato a maggior tutela di diritti individuali.

La riforma si risolve, sul piano effettuale, in una retroazione statale che concorre a consolidare (anche sul piano formale) una nuova e diversa architettura dei poteri, con specifico, ricercato esito di autorizzazione, in favore delle alte giurisdizioni (che chiudono il sistema delle garanzie giurisdizionali), a sovrascritture interpretative, che, già indotte da omissioni legislative e da "deleghe improprie" conferite dal legislatore¹⁵, troverebbero il conforto dei pareri richiesti (che si offrono a quelle stesse rielaborazioni strumentali, come si è visto, alla individuazione degli orientamenti convenzionali consolidati e perciò vincolanti).

La Corte EDU, in forza del Protocollo n. 16, assumerebbe quindi un ruolo di *Avocat Général* delle giurisdizioni superiori: a dare un parere, a svolgere conclusioni sul caso, che, mentre non vincola il giudice remittente, difficilmente potrà essere smentito dalla Corte medesima nell'esercizio delle proprie funzioni giurisdizionali.

¹⁴ In altri termini, le garanzie convenzionali dovrebbero trovare nella sede giurisdizionale lo strumento essenziale di verifica del loro rispetto: il che consentirebbe tra l'altro di fare luogo ad un effettivo bilanciamento delle relative norme e dei relativi principi con quelli che costituiscono il c.d. ordine pubblico internazionale (o, secondo la più convincente opinione di Giuseppe Barile, i principi fondamentali della comunità statale).

Ma la Corte costituzionale, come si è avuto modo di illustrare, con argomenti che lasciano molto perplessi, ha ritenuto che la CEDU non contenga norme *self-executing*, traendole così (e paradossalmente) ad integrare invece le norme costituzionali e, pertanto, a comporre lo strumentario a disposizione del Giudice delle leggi.

In questa prospettiva deve leggersi (e si spiega) la tesi della Consulta che, di contro all'art. 46, co. 1, CEDU, alla cui stregua gli Stati sono obbligati a rispettare le sentenze della Corte di Strasburgo se "pronunciate in controversie di cui sono parti", estende il vincolo (interpretativo, però, e non già schiettamente esecutivo) agli orientamenti di quest'ultima che possano dirsi essere divenuti ormai definitivi (Corte cost., sent. n. 49/2015): clausola in realtà vaga, che dimostra lo spostamento del baricentro non già verso l'art. 101, co. 2, Cost. (come pure la Corte costituzionale sostiene), bensì a vantaggio di un più ampio e discrezionale sindacato del Giudice delle leggi, al quale finisce per essere rimessa anche la individuazione dei suaccennati orientamenti da ritenersi "stabili".

¹⁵ ...che hanno formato occasione per un *Memorandum* stipulato tra le giurisdizioni superiori: cfr., nuovamente, M. ESPOSITO, *Considerazioni*, cit.

Ove poi si consideri che i “fatti” in relazione ai quali è dato l’avviso consultivo sono dominio esclusivo del giudice nazionale, si ha un’ulteriore prova della alterazione sia della funzione originariamente spettante alla Corte di Strasburgo, sia di quella delle giurisdizioni nazionali.