

CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti.

Sommario: 1. Il ruolo dei diritti fondamentali nell'inquadramento della fattispecie all'esame del giudice – 2. In punta di piedi sui rapporti fra Carta UE e CEDU e sulle rispettive giurisdizioni: a) La Carta di Nizza–Strasburgo – 3. b) ...e l'ambito di rilevanza della CEDU – 4. Il metodo comparatistico e le Carte dei diritti – UE e CEDU – 4.1. B) Il lato problematico. L'efficacia diretta della Carta UE e il suo diverso atteggiarsi come strumento di tutela dei diritti nell'ordinamento interno rispetto alla CEDU. Una questione, mai pienamente affrontata, di "eguaglianza" – 5. I rapporti fra Carta UE e CEDU (artt.52 e 53 Carta UE) – 5.1 Ancora sul valore della CEDU (e della Costituzione). Indietro tutta dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite (penali). A proposito della poco convincente Cass., S.U., 23 ottobre 2020, n.29541, *Filardo* – 6. La massimizzazione delle tutele nel campo dei diritti fondamentali. A proposito dei rapporti fra Carta UE e CEDU – 7. La convergenza dei parametri Carta UE e CEDU e il tema degli obblighi positivi degli Stati membri rispetto ai rapporti interprivati. A) la CEDU e rapporti fra privati: quale rilevanza? – 7.1 B) Quale efficacia della Carta UE nei rapporti interprivati? – 8. Conclusioni. Quale giudice nazionale per le Carte dei diritti?

1. Il ruolo dei diritti fondamentali nell'inquadramento della fattispecie all'esame del giudice. Il titolo dell'intervento che mi è stato affidato ha dei confini ben delineati e si inscrive nel dichiarato obiettivo del corso orchestrato dal Prof. Condinanzi di realizzare nel mondo della giurisdizione e degli operatori del diritto delle ricadute immediate ed effettive rispetto a temi sui quali non si nasconde affatto la complessità dell'approccio, ad essa tuttavia preferendo la logica dell'offerta di metodi idonei ad affrontare i nodi, tanti invero, da sciogliere nell'intricata rete della protezione dei diritti fondamentali.

Nodi, si diceva, che l'operatore del diritto è del resto chiamato a districare fin da subito quando "conosce una controversia" e si pone il dubbio, amletico per certi versi, di quale sia la giurisdizione chiamata a misurarsi con la questione di merito e che la pluralità dei plessi giurisdizionali interni rende onerosa, soprattutto quando sembra non essere più scontata la coincidenza della *fundamentalità* dei diritti con la giurisdizione ordinaria, proprio in ragione della progressiva estensione della giurisdizione esclusiva o per conformazione di plessi giurisdizionali rispetto ai quali la natura sostanziale della posizione giuridica soggettiva lascia il passo ad altre caratteristiche distintive – si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla giurisdizione tributaria, rispetto alla quale la centralità della pretesa fiscale assorbe ogni altro profilo correlato alla posizione giuridica incisa nei confronti del contribuente.

Detto questo, i precedenti interventi hanno avuto come nucleo centrale il "modo" con il quale i diritti fondamentali hanno preso corpo nel diritto dell'Unione europea ed il loro atteggiarsi rispetto al diritto interno.

Il compito di svolgere una panoramica sui rapporti fra UE Carta dei diritti fondamentali e la CEDU si dimostra di estrema complessità per le tante questioni di natura teorica evidenziate dagli studiosi del settore prima e dopo il varo della Carta di Nizza–Strasburgo e della sua acquisita vincolatività per effetto del Trattato di Lisbona. La tentazione di passare dal piano pratico a quello teorico è dunque forte e palpabile per chi ha cercato di seguire il filo del discorso in questi anni ma è tentazione che bisogna rifuggire e lo dico questo da giudice, da operatore giudiziario chiamato a decidere i casi che sono portati alla sua conoscenza più che ad architettare trame e suadenti costruzioni teoriche poi ribaltate nei provvedimenti giurisdizionali.

Proprio per non tradire quanto appena detto e dunque per non dimenticare la chiave che si è proposta all'inizio, si tenterà di affrontare queste complessità con l'occhio del giurista pratico che prende contatto con una controversia nella quale vengono in gioco i diritti fondamentali delle persone coinvolte.

Per questo soccorre il “metodo” utilizzato dai giudici della Corte europea di giustizia e della Corte europea che fanno precedere il merito della decisione dalla delimitazione del quadro giuridico di riferimento.

Si dirà, *nihil sub sole novi* rispetto alla prospettiva del giurista nostrano chiamato a sussunmare la vicenda posta al suo vaglio nella “norma” applicabile.

Ma il punto è che nella ricostruzione delle fonti ciò che sfugge o più sfuggire a noi che operiamo nel settore giustizia è, per l'appunto, l'incidenza di un diritto *altro* rispetto a quello interno con il quale familiarizziamo fin dall'università.

Oggi, per essere chiari, la qualificazione e sussunzione della fattispecie richiede in via preventiva l'individuazione delle fonti anche sovranazionali che possono sulla stessa incidere, esse componendo ormai quasi naturalmente il “corpo” del diritto interno, vuoi per operazioni ermeneutiche di stampo comparatistico, vuoi per l'esistenza di nessi di collegamento normativi pienamente vincolanti ed immediatamente operativi che impongono il confronto con tali fonti.

Si tratta di una operazione, quella di cui qui si discorre, che assume i tratti della “fondamentalità” pari a quella dei diritti che possono esservi coinvolti.

Vedremo, infatti, che tanto più corretta, puntuale ed attenta sarà questa sussunzione, quanto più centrata potrà essere la soluzione offerta alla vicenda e, soprattutto, quanto più ricche (o pericolose) potrebbero essere le relazioni che si intrecciano fra giudici in relazione ad eventuale esame epidermico di tali questioni da parte del giudice di merito.

Deve essere dunque chiaro che l'individuazione, che in termini rozzi potrebbe essere descritta come la “scelta” del parametro di riferimento (ancorché questo termini evochi dei profili di discrezionalità che costituiscono davvero il nodo gordiano sul quale misurarsi) assume una valenza decisiva per lo sviluppo della controversia e per la sua decisione finale, coinvolgendo essa possibili interventi di “giudici” (o determinando l'assenza di tali interventi) tali da condizionare l'esito della lite e, dunque, la decisione sul bene della vita, sia esso in contestazione all'interno di un processo civile sia, invece coinvolto all'intero di un processo penale. E non posso qui dilungarmi sul tema della delicatezza di tale opera di inquadramento che va a toccare il fondo del problema della professionalità (e della responsabilità) della giurisdizione e dell'Avvocatura che maneggia, per prima, il caso.

Per esemplificare, la convinzione che la controversia regolata dal diritto UE determini la rilevanza del parametro Carta UE con tutte le conseguenze che, a cascata, potrebbero derivarne, prima fra tutte quella della possibilità di rivolgersi alla Corte di Giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale o quella della possibile disapplicazione del parametro normativo interno contrastante con la disposizione immediatamente precettiva della Carta stessa potrebbero portare il giudicante di turno che decidesse di non attivare il dialogo con la Corte UE ad indossare, legittimamente, i panni del giudice *naturale* del diritto UE (e dunque il *cappello* della Carta UE) ed a decidere la controversia sulla base di quel parametro, magari appunto non applicando la disposizione interna ritenuta in contrasto con il diritto protetto della Carta dotato di immediata efficacia.

Non voglio certamente enfatizzare o estremizzare questo tema<sup>1</sup>, ma soltanto porlo alla vostra attenzione come chiave di volta del nostro essere giudici al passo con le complessità con le quali siamo chiamati a misurarci.

Comprendiamo tutta la delicatezza dell'operazione ed i rischi che essa reca con sé.

Un atteggiamento non corretto è dunque in grado di dirottare o non dirottare la controversia su ambiti che le sono propri dando luogo ad un ginepraio di possibilità che viziano, in radice, la decisione e che possono poi portare il giudice di ultima istanza di fronte a dubbi di particolare portata, anche dal punto di vista processuale.

---

<sup>1</sup> Tematiche che, del resto, erano state da tempo autorevolmente delineate in un clima diverso da quello attuale, nel quale la Corte costituzionale ha riconosciuto di potere sollevare essa stessa rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e di dichiarare l'incostituzionalità di una norma interna contrastante con un diritto di immediata efficacia contemplato dalla Carta di Nizza-Strasburgo coincidente con un parametro protetto dalla Costituzione. Si veda, ad es., M. Cartabia, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, a cura di A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri, Milano, 2003, 215.

Si pensi al caso in cui il parametro della Carta UE, non ponderato dal giudice di merito, emerga in sede di legittimità per la prima volta ad opera della parte o dello stesso giudice il quale potrebbe porsi il tema della rilevabilità *ex officio* del tema, entrambi in un ambito anch'esso particolarmente delicato, rispetto al quale lo spartiacque è in genere rappresentato, nella giurisprudenza della Cassazione, dalla possibilità di rilevare la norma UE (e dunque qui la Carta), senza che siano necessari ulteriori accertamenti di fatto non consentiti in sede di verifica della legittimità. E si pensi, ancora e sul versante opposto, alla tendenza che sembra volere anestetizzare il ruolo della CEDU, al punto di escluderne l'autonomo rilievo come motivo di ricorso per Cassazione – se non connesso ad una contestuale proposizione di questione di legittimità costituzionale – stando almeno ad una poco persuasiva decisione delle Sezioni Unite penali, sulla quale si avrà modo di tornare nel prosieguo.

Il problema non è, ovviamente soltanto di natura teorica, ma si dimostra straordinariamente “pratico”. Qualche esempio concreto può essere illuminante<sup>2</sup>

Sul medesimo verso, la pronunzia della Corte costituzionale n.43/2018, resa anch'essa in tema di *ne bis in idem*, ha fondato la restituzione degli atti al giudice *a quo* in relazione agli effetti, consolidati, prodotti dalla sentenza della Grande Camera della Corte edu – Corte dir. uomo, *A e B c. Norvegia* – pur occupandosi anche di materia regolata dal diritto UE – in relazione alla natura armonizzata del tributo in discussione (IVA), totalmente tralasciando di scrutinare la questione sotto il cono d'ombra del diritto eurounitario e dell'art.50 della Carta UE, non prospettato dal giudice remittente – il quale si era limitato ad avanzare la violazione [dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.](#)

Così facendo, il giudice costituzionale ha dunque evitato di valutare le interferenze fra diritto eurounitario e diritto convenzionale che, tuttavia, potrebbero riemergere nell'ambito del giudizio di merito quando, magari, sarà intervenuta la pronunzia della Corte di giustizia chiamata da altri giudici italiani a verificare in sede interpretativa la portata dell'art. 50 della Carta UE.

I casi appena ricordati impongono dunque alla giurisdizione ed alla dottrina un'attenta riflessione sulle modalità di approccio ai diritti fondamentali, sull'uso delle diverse Carte e sui diversi effetti che possono derivare dall'utilizzo dell'uno piuttosto che dell'altro parametro, refluendo inevitabilmente non solo sulle diverse ‘regole di ingaggio’ sottese ai parametri considerati volta per volta, ma proprio in termini di tutela sostanziale del diritto in gioco. La dottrina mostra di avere ben chiaro il problema, emerso anche a proposito della sentenza della Corte costituzionale n.11/2020<sup>3</sup>.

Occorrerà, infatti, chiedersi se la semplice circostanza che sia in discussione un valore fondamentale all'interno del giudizio consenta di individuare – da parte del decisore di turno – in modo assolutamente libero ed anche *ex officio* il parametro normativo di riferimento.

Non si tratta affatto, ad avviso di chi scrive, di aspetti secondari, se solo si consideri che l'utilizzazione dell'uno o dell'altro parametro non soltanto sposta radicalmente il riferimento al sottostante quadro normativo, al punto da incidere sulle modalità decisorie della lite proprio in ragione della regola formalizzata da Corte cost. n. 269/2017, ma determina un evidente condizionamento degli esiti della controversia, laddove la portata, testuale o ermeneutica, del parametro in gioco risulti decisiva per l'esito finale della lite.

---

<sup>2</sup> Si pensi a Cass.n.23232/2016 che, in una vicenda nella quale la parte aveva agitato la questione del *ne bis in idem* in materia regolata dal diritto UE, prospettando *contemporaneamente* la violazione della norma convenzionale –art.4 prot.7 annesso alla CEDU – e dell'art.50 della Carta UE, ha ritenuto di non riproporre la questione di legittimità costituzionale in precedenza sollevata da Cass. pen., 15 gennaio 2015 n.1782, ritenendo di dovere ‘anteporre’ l'esame della portata dell'art.50 della Carta UE, anche per capire la coincidenza di tutela apprestata da tale disposizione rispetto alla corrispondente norma convenzionale. Da qui il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, alla quale è stata rimessa una questione che coinvolgeva il ‘confronto’ fra la giurisprudenza della Corte di giustizia resa sul punto – Corte giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, *Aktagaren* – e quella della Corte edu – Corte dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens* –.

<sup>3</sup> Cfr. R. Mastroianni, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *europaperue*, 19 giugno 2020, 7, a proposito della mancata verifica della rilevanza nella vicenda scrutinata della rilevanza o meno del diritto UE :”... Si tratta comunque di aspetti secondari, meritevoli di essere menzionati in questa se-de soltanto perché dimostrano ancora una non totale dimestichezza degli organi remit-tenti sull'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e quindi della Carta. “

Per restare, ad esempio, alla materia delle sanzioni Consob scrutinata dall'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale già ricordata Cass. (ord.) n. 3831/2018, è evidente che la sussunzione della fattispecie nell'ambito del diritto UE – peraltro adamantina, tanto da condurre la Corte costituzionale a formulare essa stessa il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia con l'ordinanza n. 117/2019 – non può non determinare l'assoggettamento del processo alle ‘regole’ di quello stesso sistema che, per bocca della Corte di giustizia, ha delineato il ruolo della CEDU rispetto alla Carta UE, come si avrà modo di chiarire nel prosieguo della presente indagine.

Ecco, dietro l'angolo, le possibili insidie che possono scorgersi, tanto sul piano del giudice comune che su quello riservato alla Corte costituzionale, per effetto dell'utilizzazione – o della mancata utilizzazione – di diversi parametri, poiché ove si ritenga che la tutela offerta dalla CEDU – o addirittura dalla stessa Costituzione – non sia tale da giustificare l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale prospettata, la soluzione riservata al decidente di turno potrebbe risultare non compiutamente appagante, laddove il corrispondente parametro della Carta UE applicabile in relazione al contenuto della materia presa in considerazione, offre un livello superiore. Insidie che, d'altra parte, si convertono un elementi indispensabili per garantire che la “cooperazione” fra i giudici possa determinare effetti fecondi sulla definizione del giudizio e non già fattori patologici, come tali indesiderabili.

## 2. In punta di piedi sui rapporti fra Carta UE e CEDU e sulle rispettive giurisdizioni.

A) La Carta di Nizza–Strasburgo. Detto questo occorre porre sul tappeto le complessità alle quali il giudice è chiamato che, a monte, richiedono la conoscenza delle genesi della Carta UE dei diritti fondamentali<sup>4</sup> rispetto alla CEDU.

Si è detto di recente che la Carta di Nizza–Strasburgo costituisce “...il vero catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione e quindi il primo documento di riferimento per l'individuazione del parametro su cui commissionare l'effettivo rispetto di tali diritti da parte dei soggetti che ne sono vincolati<sup>5</sup>.

La verità di tale asserzione va tuttavia mediata dall'uso che il giudice nazionale o europeo ha fatto e intende fare di tale strumento.

I problemi sul tappeto riguardano, in particolare: a) l'ambito di applicazione della Carta UE rispetto a quello della CEDU; b) i rapporti fra la disposizione della Carta e la CEDU, ove quest'ultima prevede una disposizione ad essa corrispondente; c) l'incidenza e rilevanza sulla Carta UE dei c.d. obblighi positivi a carico dello Stato nei rapporti interprivati nascenti all'interno della CEDU; d) i rapporti fra il *diritto vivente* della Carta UE e quello della CEDU; e) i rapporti fra la Carta UE e la CEDU rispetto alla interna conformazione dei diritti protetti da ciascuna Carta. Il ruolo di *living instrument* della CEDU e l'influenza della Carta UE.

Quanto al punto a) esso, se si guarda al piano delle fonti, trova la sua soluzione, per l'un verso, nell'art.51 par.1 della stessa Carta UE che attribuisce alla Carta il suo valore nei confronti di organi e istituzioni dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà e nei confronti degli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione.

La Carta, come ha modo di chiarire il par.2 dello stesso art.51 – gemmazione dell'art.6, par.1 TUE–, non ha la capacità di fondare nuove competenze e nuovi poteri per l'Unione né modifica competenze e poteri stabiliti nei Trattati. Dunque la Carta UE è ancillare a questioni in cui è in gioco il diritto UE<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Fra le prime studiose a riflettere sulle ricadute della Carta di Nizza nell'ordinamento interno v. M. Cartabia, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, p. 201 ss. e M. Cartabia, A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.*, 2002, 47(6), p. 4477 ss.V., altresì, L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013

<sup>5</sup> S.A.Bevilacqua, *La Corte di giustizia dell'Unione europea, Un motore per l'integrazione dei popoli*, Firenze, 2020,32.

<sup>6</sup> V, altresì, la Dichiarazione n. 1, relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona ove si afferma che «[...]a

La questione è ben arata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che in una sorta di autolimitazione e *self restraint* rifiuta costantemente di fornire risposta ai rinvii pregiudiziali nei quali si pone a base una disposizione della Carta UE rispetto ad una vicenda che non riguarda l'attuazione del diritto UE.

La Corte di Giustizia è ferma nel ritenere che l'articolo 51, paragrafo 1, della Carta prevede che le disposizioni della medesima si applichino agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. L'articolo 6, paragrafo 1, TUE, così come l'articolo 51, paragrafo 2, della Carta, precisa che le disposizioni di quest'ultima non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati– Corte giust. 6 marzo 2014, causa C-206/13, *Cruciano Siragusa*<sup>7</sup>.

Questo è sufficiente per ritenere che la Corte di giustizia sia chiamata a interpretare il diritto dell'Unione alla luce della Carta UE e nei limiti delle competenze riconosciute all'Unione stessa (sentenza del 15 novembre 2011, *Dereci* e a., C-256/11, p. 71). L'idea di una competenza allargata della Corte di giustizia a ipotesi che non rientrano nel diritto dell'UE attraverso la verifica da compiere alla luce della Carta di Nizza–Strasburgo viene scartata, essendo il giudice europeo tenuto a fornire tutti gli elementi d'interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa ai diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto *solo* quando una normativa interna rientra nell'ambito di applicazione di tale diritto<sup>8</sup>.

In questa stessa direzione, militano le spiegazioni relative all'articolo 51 della Carta le quali, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e all'articolo 52, paragrafo 7, della Carta, debbono essere prese in considerazione per l'interpretazione di quest'ultima<sup>9</sup>.

Secondo tali spiegazioni, l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione si impone agli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto UE. Tale collegamento può rivenirsi tanto quando si discute di norme attuative del diritto UE bisognose del recepimento, quanto di disposizioni destinate ad incidere indirettamente sull'efficacia del diritto UE. Si pensi tanto all'apparato sanzionatorio che il singolo Stato adotta per scoraggiare la violazione del diritto UE all'interno del proprio sistema, quanto alle ipotesi in cui lo Stato adotti disposizioni destinate ad impedire al diritto UE di operare nei campi allo stesso riservato e, infine, a quelli in cui è lo Stato stesso ad applicare il diritto UE, per una sua scelta discrezionale, ampliando l'ambito operativo delle disposizioni UE in campi che alle stesse non appartengono.

---

Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati».

<sup>7</sup> Corte giust., Grande Camera, 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*, 77.

<sup>8</sup> Si richiama, a tal proposito, Corte giust. 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, punto 19 e giurisprudenza ivi citata. V., ancora più di recente, Corte di Giustizia, Sez. VII, 4 giugno 2020, n. C-32/20 - Pres. Xuereb - Avv. gen. Kokott - TJ c. Balga Srl. Sul tema, v. M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. Aic*, n.2/2017. A proposito di tale questione si rinvia ai contributi di R. Conti, An, quomodo e quando *del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in *Giudice donna* (www.giudicedonna.it), 4/2017, spec. § 6, id, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, cit., spec. § 4; C. Amalfitano, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2019, spec. 25 ss.; nella stessa Rivista, M. Massa, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, 20 ss.; G. Martinico, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. soc.*, 4/2019, 691 ss., spec. 702 ss.; I. Massa Pinto, *Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 1/2020, 8 gennaio 2020, 77. Più recentemente, A. Ruggeri, *Il primo "doppio rinvio" dopo la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale. Bravi riflessioni su un'occasione mancata per nuovi sviluppi procedurali*, in *Giustizia insieme*, 25 maggio 2020, R. Mastroianni, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni europei*, e B. Sboro, *Il primo "doppio rinvio" dopo la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale. Bravi riflessioni su un'occasione mancata per nuovi sviluppi procedurali*, in *Federalismi*, 9 settembre 2020.

<sup>9</sup> Si richiama, in tal senso, Corte giust. 22 dicembre 2010, *DEB*, C-279/09, punto 32.

Ora, ci si è soffermati su questa giurisprudenza della Corte di giustizia per gli effetti che essa produce indiscutibilmente sull'esercizio della giurisdizione interna, laddove essa si pone il problema di individuare il cono d'ombra entro il quale sussumere la lite.

La Carta UE è dunque il *cappello* – come a me piace dire – che il giudice nazionale può maneggiare in via diretta solo se la controversia è “di diritto UE”. E ciò al netto delle considerazioni finali che pure si faranno a proposito del ruolo delle Carte nella protezione dei diritti fondamentali e della loro influenza sul piano ermeneutico delle corrispondenti disposizioni che prendono in considerazione i diritti fondamentali che pure trovano spazio nella Carta UE.

La bontà di questa osservazione sembra direttamente confermata dalla parte più accorta giurisprudenza di legittimità<sup>10</sup>.

In definitiva, l'uso disinvolto della Carta UE “fuori distretto” non va in alcun modo suggerito.

Va dunque contrastato l'uso surrettizio del diritto UE – e della Carta UE e del rinvio pregiudiziale alla Corte UE – per giustificare soluzioni interpretative da parte del giudice nazionale che riguardano il diritto interno e non sono regolate specificamente dal campo eurounitario anche se incidono indirettamente sull'applicazione del diritto UE.

Mi pare che debba nettamente distinguersi, dunque, il ruolo del decisore nazionale quando egli è chiamato ad applicare un canone normativo interno del quale egli è interprete primo e unico all'interno di materia non regolata dall'UE, da quello che lo stesso è chiamato a svolgere quando maneggia il diritto UE.

Vestendo l'abito per primo descritto egli potrà certamente orientare il diritto interno nella direzione che ritiene coerente con il quadro dei principi applicabili, eventualmente attingendo anche al canone ermeneutico della comparazione – e per questa via utilizzare principi fondamentali in tutto o in parte sovrapponibili a quelli interni. Senza che, tuttavia, questo possa legittimare una concorrente legittimazione del giudice di Lussemburgo sul modo con il quale lo stesso interpreta il diritto interno, soprattutto se la materia non è disciplinata direttamente dal diritto UE – v. Cass. 4 febbraio 2020 n. 2467.

3. b) ...e l'ambito di rilevanza della CEDU. Ben diverso il ruolo della CEDU che si applica agli stati aderenti al Consiglio d'Europa, fra i quali vi sono i Paesi dell'UE, ma non l'UE e le sue istituzioni direttamente che, dunque, non sono soggette alla Convenzione, determinando l'irricevibilità dei ricorsi presentati *ratione personae*.

Saranno invece legittimati *ratione personae* gli stati membri dell'UE per gli atti o comportamenti loro ascrivibili attuati nell'ambito del diritto UE primario e derivato.

In quest'ultimo ambito appare evidente il rischio di sovrapposizione delle tutele apprestate dalla Carta UE e dalla CEDU. A porre riparo verso effetti indesiderati è stata la Corte edu.

L'equilibrio fin qui trovato tra le possibili distonie tra la protezione dei diritti fondamentali in ambito UE rispetto a quelle fornite a livello di CEDU può a buon titolo definirsi sostanzialmente stabile, almeno fino all'adesione dell'UE alla CEDU, come noto bloccata dal parere negativo della Corte di Giustizia del 2014<sup>11</sup>.

Assetto risalente ad un periodo anteriore alla acquisita vincolatività della Carta UE ma che sembra tuttora operante, non avendo la vincolatività giuridica della Carta prodotto evidenti scossoni sull'impianto inaugurato dalla sentenza *Bosphorus* di cui si è appena fatto cenno.

Va solo precisato che la presunzione di equivalenza fra la tutela convenzionale e quella promanante dai diritti fondamentali di matrice UE presuppone che la Corte di giustizia abbia

<sup>10</sup> V. Cass., S.U., n.9595/2012. Cfr., in senso omologo, Cass., S.U. n.22772/2014, Cass.S.U.n.23867/2014; Cass.S.U.n.10130/2012; Cass.n.17006/2014; Cass.11 luglio 2014 n.15940, Cass.pen., 17 ottobre 2014 n.43453, Cass.n.9026/2013. V., ancora, in modo estremamente nitido, Cass.4 febbraio 2020 n.2467. Nel medesimo senza v., già in precedenza, Cass.n.4184/2012 che, nell'affrontare il tema della trascrivibilità del matrimonio fra persone dello stesso sesso contratto all'estero.

<sup>11</sup> Sui rapporti fra la protezione offerta dalla CEDU ai diritti fondamentali e quelli di matrice UE occorre muovere dalla sentenza della Corte edu, *Bosphorus c. Irlanda*, 30 giugno 2005 (ric.n.45036/98) (*Recueil des arrêts et décisions*, 2005–VI).

in concreto esaminato la vicenda escludendo la violazione—Corte dir.uomo, *Michaud c. Francia*, 6 dicembre 2012, parr.112/116— a meno che il rinvio pregiudiziale non sia stato sollecitato in mancanza di dubbi interpretativi sul diritto UE—cfr.Corte edu, *Avotins c. Lettonia*, 23 maggio 2016, § 109/116—. In proposito va semmai ricordata la giurisprudenza della Corte edu in tema di responsabilità dello Stato per mancata espressa motivazione sulle ragioni che non indussero l'autorità giudiziaria a sollevare rinvio pregiudiziale, postulandosi una violazione dell'art.6 CEDU<sup>12</sup>.

Tale equilibrio, in definitiva, marginalizza l'intervento della Corte edu rispetto ai casi di violazione della CEDU quando il giudice UE (ivi intendendosi anche il giudice nazionale in controversia ricadente in ambito UE) abbia escluso la violazione del diritto fondamentale corrispondente in ambito UE, presumendosi una protezione equivalente a livello dell'Unione europea, salvo il ribaltamento della presunzione nei termini di cui si è detto.

4. Il metodo comparatistico e le Carte dei diritti – UE e CEDU. A) Il lato virtuoso del confronto. La conclusione appena ricordata non è tale se non si considera che i rapporti fra le due giurisdizioni sovranazionali europee sembrano caratterizzati da una sostanziale “armonia”, posto che per il giudice di Lussemburgo l'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo è fondamentale ai fini dell'esatta determinazione dei precetti della Convenzione— Corte giust., 17 febbraio 1998, C-249-96.— e che parimenti essenziale risulta la giurisprudenza della Corte di giustizia — e la stessa Carta di Nizza— per i giudici di Strasburgo<sup>13</sup>.

Rientriamo, a questo proposito, nel tema della mutua assistenza che le Carte dei diritti fondamentali si prestano vicendevolmente, arricchendo il catalogo dei diritti fondamentali interno attraverso il richiamo alle corrispondenti disposizioni delle altre Carte per come esse risultano vivificate dalle rispettive giurisdizioni. Si tratta di un processo che si innesta in quel metodo comparatistico che trova evidenti conferme sul piano normativo.

L'analisi svolta dalla dottrina più accorta<sup>14</sup> sul valore e sul rilievo del diritto straniero per i giudici ha da tempo compiutamente confutato, fuori da logiche nazional-patriottiche tale critica, dimostrando non soltanto l'efficacia e la rilevanza di siffatto metodo<sup>15</sup>, soprattutto laddove si discuta di diritti fondamentali, ma anche la concreta pratica di siffatto metodo da parte delle Corti supreme di molti Paesi occidentali<sup>16</sup>, capace di produrre un moto circolare

---

<sup>12</sup> Corte edu,20 settembre 2011, ric. nn. 3989/07 e 38353/07, *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*; Corte edu, 10 aprile 2012, *Vergauwen c. Belgio*, ric. n. 4832/04;Corte edu, 8 aprile 2014,*Dhabbi c. Italia*, ric. n.17120/09;Corte edu, 21 luglio 2015, *Schipani c. Italia*- ric.n.38369/09; Corte edu, 8 settembre 2015, *Wind telecomunicazioni spa c. Italia*; Corte edu, 24 aprile 2018, *Ilkay Baydar c. Olanda*, ric. n. 55385/14.

<sup>13</sup> V.Corte dir.uomo, 19-4-2007, V. E. c. *Finlandia* (ric. n° 63235/00) ove il giudice di Strasburgo – punti 28 ss. e p.60- ha espressamente richiamato l'art.47 della Carta di Nizza, le spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali che precedono la Carta dei diritti fondamentali contenuta nel Trattato sulla Costituzione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia (Corte giust. 15 maggio 1986 C-222/84) per modificare il proprio precedente orientamento-Corte dir.uomo 8.12.1999, *Pellegrin c. Francia* (r. n° 28541/95 ) – e ritenere che il diritto ad un *ricorso al giudice effettivo* aiuta ad interpretare il concetto di “materia civile” che fa capo all'art.6 CEDU, estendendolo così anche alle controversie di natura patrimoniale fra amministrazione di appartenenza ed ufficiali di polizia anche se il rapporto di lavoro involge l'esercizio di potere. Per la posizione precedente della Corte edu v. Corte dir. uomo 9 -12-1999, *Pellegrin c. Francia*, commentata da C. Focarelli, *L'applicabilità del diritto all'equo processo al pubblico impiego:il caso Pellegrin*, in *Riv.dir.inter.*, 2000,770; v. A. Sonaglioni, *Giusto processo, pubblico impiego, e diritto europeo:fine delle incertezze?*, Corr.giur.,2000,3,304; A. Bultrini, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004, 85; R. Conti, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *Federalismi*, 24 marzo 2010.

<sup>14</sup> B. Markesinis e J. Fedtke, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*,Bologna, 2009- trad. a cura di M.TARUFFO-.

<sup>15</sup> V., del resto, G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico e O. Pollicino, Groningen, 2010.

<sup>16</sup> V. A.Barak, *La comparazione nel diritto pubblico*, in B. Markesinis e J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, Bologna, 2009, 391; V. ancora, ibidem, G. Canivet, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, 413 ss. e, specificamente, 416.

fecondo quando la stessa traccia quasi inconsapevolmente una strada di comunanza di tutela dei diritti fondamentali<sup>17</sup>.

Non può dunque disconoscersi che il ricorso al metodo comparatistico, in funzione vuoi di conoscenza, vuoi persuasiva, vuoi rafforzativa e di sostegno, vuoi, ancora di ispirazione per applicare, interpretare, adattare o completare il diritto nazionale, specialmente quando quel diritto è obsoleto, poco chiaro, contraddittorio<sup>18</sup> o addirittura carente<sup>19</sup> rappresenta, nei fatti, un elemento indefettibile che (soprattutto) le Corti supreme *devono* utilizzare<sup>20</sup>, al pari dell'utilizzo che di siffatto metodo, con tutte le cautele del caso, viene fatto dalle Corti sovranazionali<sup>21</sup>.

Anzi, proprio il confronto fra diversi formanti favorisce la creazione di quelle "consuetudini interpretative" convergenti capaci di produrre una non comune forza persuasiva<sup>22</sup>.

Per un verso, è proprio la ricerca comparativa che contribuisce all'emersione, sia pur difficoltosa, di uno *ius commune* in materia di diritti fondamentali.

La prospettiva della comparazione è dunque divenuta strumento di ridefinizione semantica di istituti per effetto dell'apertura del sistema interno al diritto internazionale e sovranazionale nonché metodo di lavoro *basico* per il giurista anche di *civil law* e, soprattutto, per il giudice che maneggia i diritti della persona e le scelte che questa compie. Comparazione che non costituisce orpello ornamentale destinato ad abbellire e rendere dotte le decisioni del giudice, ma piuttosto criterio ermeneutico capace di giocare un ruolo di sostanza pieno ed importante quando il giudice è chiamato ad interpretare il quadro normativo primario di un sistema democratico fondato sulla persona o quello secondario o, ancora, ad esaminare le lacune del sistema.

La comparazione solo in apparenza non risulta codificata<sup>23</sup>, ma è, in effetti, desumibile dall'apertura della Costituzione alle fonti sovranazionali – e dunque impone al giudice un'interpretazione secondo tali fonti e dunque a cascata un'interpretazione delle leggi che sono attuazione dei principi costituzionali.

La fonte dalla quale desumere la precettività della comparazione, d'altra parte, può agevolmente evincersi dallo stesso riferimento all'interpretazione sistematica contemplata dall'art.12 disp. preleggi c.c. Disposizione, in ogni caso, da sottoporre a rilettura alla luce della Costituzione, non facendo essa ad es. menzione dell'interpretazione costituzionalmente orientata sulla obbligatorietà della quale non si discute malgrado il silenzio della medesima sul punto – e che, in conclusione, costituisce dato ineludibile tanto sul piano interno, per quanto detto, che su quello sovranazionale<sup>24</sup>.

<sup>17</sup> G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Bari, 2007, 148: "...Sono importanti le corti costituzionali e le corti supreme statali, quando interpretano in modo convergente i cataloghi dei diritti contenuti nelle rispettive costituzioni nazionali e nelle convenzioni internazionali, così cooperando spontaneamente alla creazione, allo sviluppo e alla difesa di un patrimonio giuridico comune, di portata ultranazionale."

<sup>18</sup> G. Canivet, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, in B. Markesinis e J. Fedtke, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, cit., 418.

<sup>19</sup> V. C. Sarra, *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. ancora sull'uso "dialettico" del precedente giudiziario*, in *Dialoghi tra Corti e principio di proporzionalità*, a cura di M. Bianchini e G. Gioia, Padova, 2013, 477 ss. ove l'A. muove dal presupposto che una delle condizioni per l'uso della comparazione deve essere quella della difettività del sistema nazionale che giustifichi l'utilizzo del diritto straniero-p.490-.

<sup>20</sup> B. Markesinis e J. Fedtke, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, in *Giudici e diritto straniero*, 221.

<sup>21</sup> V. i due saggi di C. L. Rozakis, *Il giudice europeo come comparatista* e di K. Schieman, *Il giudice come comparatista*, a proposito del rilievo della comparazione rispettivamente presso la Corte di Giustizia e presso la Corte europea dei diritti dell'uomo, in B. Markesinis e J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, cit., 445 ss. e 467 ss.

<sup>22</sup> A. Ruggeri, *L'“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come “sistema”*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2013, 11.

<sup>23</sup> V., diffusamente, A. Ruggeri, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIX, *Studi dell'anno* 2015, 435 ss. e specificamente 439.

<sup>24</sup> V., P. Gori, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della Corte EDU, recenti sviluppi*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu); G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; G Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011.

Possono dunque concludersi tali riflessioni riportandole al tema di indagine qui affrontato, appunto collegato alle interrelazioni fra la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la CEDU. Interrelazioni che sono per l'un verso direttamente e staticamente regolate dalle disposizioni già ricordate dalla Carta UE ma che, per altro verso, vivono o, meglio, *convivono* su un parallelo piano ermeneutico, molto più liquido e aperto, nel quale vanno spesso a completare quegli interstizi che il livello di protezione di un diritto non garantito dall'una Carta trova invece più appagante tutela nell'altra, attraverso la voce che ad essa viene data dai giudici che ne fanno applicazione.

4.1. B) Il lato problematico. L'efficacia diretta della Carta UE e il suo diverso atteggiarsi come strumento di tutela dei diritti nell'ordinamento interno rispetto alla CEDU. Una questione, mai pienamente affrontata, di “eguaglianza”. Veniamo al lato meno limpido del confronto fra le due Carte sovranazionali, emergente quando si constata che il diverso operare della CEDU nell'ordinamento interno secondo le note sentenze gemelle della Corte costituzionale (348 e 349 del 2007) – in forza del quale non è possibile la disapplicazione della norma interna incompatibile con la CEDU – determina un'evidente diversità di tutela fra le posizioni garantite direttamente dalla Carta UE nell'ambito delle controversie regolate dal diritto dell'Unione europea e quelle ad esso esterne. Il problema lo abbiamo affrontato esplicitamente qualche tempo fa e ad esso è sufficiente qui rinviare, ribadendo i dubbi in ordine alla razionalità di un sistema che consenta l'immediata efficacia della disposizione della Carta UE che, se di derivazione CEDU, non può assumere un livello di protezione inferiore a quello convenzionale ma neghi, per converso, l'immediata efficacia della norma convenzionale e la sua prevalenza rispetto al dato normativo interno con essa incompatibile<sup>25</sup>.

Altra questione spinosa che l'interprete sarà chiamato ad affrontare è poi quella che nasce dal riconoscimento pienamente costituzionale della Carta UE espresso dalla sentenza n.269/2017 che, dopo le precisazioni espresse dalla Corte costituzionale con le sentenze successive – da ultimo Corte cost.n.182, rende possibile una disapplicazione della norma interna contrastante con la Carta UE – ove immediatamente efficace –.

La natura *sostanzialmente costituzionale* delle disposizioni contenute nella Carta UE che pure la sentenza n.269 cit. riconosce e la successiva piena possibilità riconosciuta al giudice comune di direttamente disapplicare la norma interna incompatibile con la Carta UE immediatamente efficace anche a prescindere dal controllo di costituzionalità che pure il giudice potrebbe sperimentare senza averne alcun obbligo – stando ai chiarimenti successivamente espressi dallo stesso giudice costituzionale (Corte cost. nn.20/2019, 69/2019, 117/2019 e 182/2020)<sup>26</sup> – aprono un ulteriore fronte, collegato al ruolo del giudice comune nella protezione dei diritti fondamentali.

5. I rapporti fra Carta UE e CEDU (artt.52 e 53 Carta UE). Ma a parte la sistemazione dei rapporti fra le giurisdizioni rileva, quanto ai rapporti fra le possibili interferenze fra le Carte di cui qui discutiamo, il quadro normativo inserito all'interno della Carta UE che di seguito si riporta.

---

<sup>25</sup> R.G. Conti, *La giurisdizione ordinaria nel processo di integrazione europea*, in AA.VV., *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, a cura di A. Ciancio, Torino, 2017, 93 ss.

<sup>26</sup> Per qualche ragguaglio sulla questione v., volendo, R.G. Conti, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no? A proposito di Corte cost.n.20/2019*, in *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, a cura di G. Palmisano, Napoli, 2020, 571. V, utilmente, L. Trucco, G. Martinico e V. Sciarabba, nell'intervista di R.G. Conti su *La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzosa o armonico menage*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 8-9-10 maggio 2019, ora in *Il mestiere del giudice*, a cura di R. G. Conti, Padova, 2020, 79.

Le norme di riferimento che disciplinano le relazioni fra i diritti contemplate dalle due Carte sono dunque rappresentate dall'art.52<sup>27</sup> par.1, 2 e 3<sup>28</sup> e 53<sup>29</sup> della Carta UE e dall'art.53 della CEDU.

In termini generali può dirsi che l'art.52, come emerge dalle Spiegazioni ad esso riferibili annesse alla Carta UE, “ *mira a fissare la portata dei diritti garantiti.* ”

Un numero cospicuo di diritti fondamentali previsti dalla Carta UE costituisce gemmazione di quelli previsti dalla CEDU, mentre altri (si pensi ai diritti sociali) non trovano il loro corrispondente nella CEDU.

Si tratta di una relazione che non può essere peraltro esaminata in modo complessivo, ma richiede un esame particolare di ogni singolo diritto, riscontrandosi spesso una implementazione del diritto di matrice convenzionale, a volte collegato a preesistenti orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia, altri ad ammodernamenti del tessuto precettivo di diritti scolpiti nel lontano 1950, altri ancora a modifiche destinate ad ampliare l'ambito operativo del valore preso in considerazione dalla CEDU.

Limitando dunque l'analisi ai diritti che – all'interno di apposite sezioni create – trovano contemporaneamente posto nelle due Carte, sembra di poter dire che le tecniche di normazione utilizzate dalla Carta UE non sono sovrapponibili a quelle sperimentate da chi diede vita alla CEDU, al cui interno le limitazioni ai diritti fondamentali sono ammesse in relazione a ciascun diritto e si atteggiano in relazione a quanto previsto nei paragrafi generalmente seguenti a quelli che delineano il contenuto di un singolo diritto.

Tecnica normativa diversa da quella seguita per la Carta UE che dedica, invece, in via generale, una disposizione (art.52, par. 1) alle limitazioni che sembrerebbero, seguendo un'interpretazione letterale, legittime purché previste per legge e tali da non nuocere al contenuto essenziale dei diritti stessi e purché venga rispettato il principio di proporzionalità.

Vi è, certo, il problema di chiarire se, all'interno della Carta UE, valga il medesimo di sistema di “deroghe” ai diritti come disciplinato dalla CEDU, dovendosi il lettore immediatamente indirizzare sul versante del rapporto fra Carta UE e art.15 CEDU. Tematica, quest'ultima, che le Spiegazioni già ricordate, sotto l'art.52 cit., affrontano in modo tutto sommato minimale, limitandosi ad affermare che “La Carta lascia impregiudicata la possibilità degli Stati membri di ricorrere all'articolo 15 della CEDU, che permette di derogare ai diritti sanciti dalla convenzione in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, quando agiscono nell'ambito della difesa in caso di guerra o nell'ambito del mantenimento dell'ordine pubblico, conformemente alle responsabilità loro riconosciute all'articolo 4, paragrafo 1 del trattato sull'Unione europea e agli articoli 72 e 347 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.” Questione assai delicata, soprattutto nell'attuale contesto pandemico, che non può in questa sede essere approfondita.

Per altro verso, il terzo paragrafo dell'art.52, si diceva, è quello più delicato perché sembra delineare un sistema di rapporti fra Carta UE e CEDU lineare in forza del quale la cornice di un diritto della Carta UE va necessariamente scolpita sulla base della corrispondente norma convenzionale.

A prima lettura il sistema sembra orientato ad operare sul piano delle fonti e risulta finalizzato a creare un canale di collegamento particolarmente omogeneo fra le due Carte in modo che la Carta UE non possa prescindere dal contenuto della corrispondente norma convenzionale. Meccanismo che metterebbe al riparo da possibili frizioni fra i due sistemi, individuando nella CEDU uno *standard* minimo di protezione al di sotto del quale il corrispondente diritto della Carta UE non potrebbe andare. La garanzia che sembra dunque

---

<sup>27</sup> N. Lazzerini, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, 1073 ss..

<sup>28</sup> Corte giust., Grande Camera, 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18,A.K.

<sup>29</sup> È noto che l'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea, nella sua più recente versione, stabilisce che “L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”.

essere presa in considerazione come valore da salvaguardare ad ogni costo è quella di una soglia di protezione che non può scendere sotto il livello di tutela garantito a livello convenzionale.

Occorre allora impegnarsi nell'individuazione delle tecniche di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE quando essa rispecchia diritti già riprodotti nella CEDU che abbiano sempre e comunque presente la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Si pone, peraltro, il problema di individuare il *ruolo* della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (non espressamente richiamata dal ricordato art.52.3).

In proposito, le Spiegazioni a tale disposizione affermano, fra l'altro, che “...Il significato e la portata dei diritti [CEDU] garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea”-. Agevole sul punto appare il riferimento alla giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia Corte giust., 22 dicembre 2010, causa C-279/09, DEB, par. 35.

Ad ogni modo, sembrerebbe agevole ipotizzare una sorta di *gerarchia* fra le Carte, nel senso che al corrispondere del parametro Carta UE con la CEDU la tutela offerta dal primo non potrebbe che essere quella già affermata dal secondo parametro. Ed analogamente sembrerebbe risultare il rapporto fra Carta UE (e tradizioni costituzionali comuni).

Ma il discorso è decisamente più complesso, per più ordini di ragioni.

Per un verso, le disposizioni della Carta UE sopra ricordate attengono appunto alle Carte dei diritti fondamentali e non a chi è chiamato ad applicarle, e cioè produce il *diritto vivente* che vivifica quegli strumenti e li rende concretamente fruibili agli operatori del diritto. Per altro verso, non va dimenticata una delle caratteristiche peculiari del diritto UE, appunto rappresentata dal “primato” dello stesso rispetto ai sistemi normativi dei singoli Paesi membri. Né è marginale la circostanza che l'UE non abbia aderito alla CEDU, come già ricordato.

Occorre dunque verificare come abbia inteso la Corte di Giustizia il sistema appena delineato.

In primo approssimazione, la sensazione che sembra emergere è di una prospettiva che non intende risolvere il nodo dei rapporti fra Carta UE e CEDU sul piano delle fonti, piuttosto preferendo quello, più elastico della *cooperazione* all'individuazione dei contenuti dei diritti fondamentali senza che ciò imponga un vincolo a carico della Corte di Giustizia sull'interpretazione della CEDU, preferendosi, ancora una volta, l'utilizzo di formule meno perentorie per delineare i rapporti fra le Corti<sup>30</sup>.

Vincolo che non vi è mai stato prima dell'entrata in vigore della Carta di Nizza–Strasburgo e che è apparso ininfluente rispetto ad un'armoniosa tutela dei diritti da parte delle due Corti.

Né, d'altra parte, il Preambolo della Carta UE considera la giurisprudenza della Corte di Strasburgo come dotata di efficacia vincolante, semmai riconoscendo alla Corte di Strasburgo, al pari che alla Corte di Giustizia, il ruolo di artefice nella protezione dei diritti fondamentali.

In effetti, sul punto la posizione della Corte di giustizia può definirsi composita.

A volte si afferma che quando l'individuazione del contenuto di siffatti diritti viene disciplinata dalla CEDU l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, impone di dare ai diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di questi ultimi.

Ma è pur vero che nel medesimo contesto la Corte di giustizia non manca di sostenere che la CEDU non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione (sentenze *Akerberg Fransson*,

---

<sup>30</sup>V. Corte. Giust., Grande Sezione, causa C-465/07, 17 febbraio 2009, *Meki Elgafaji*, delineando i rapporti fra CEDU e Corte dei diritti umani: (p.28) “... A tale proposito, occorre rilevare che, benché il diritto fondamentale garantito dall'art. 3 della CEDU faccia parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte assicura il rispetto e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo venga *presa in considerazione* nell'interpretare la portata di tale diritto nell'ordinamento giuridico comunitario.”

C-617/10, EU:C:2013:105, punto 44, nonché *Inuit Tapiriat Kanatami e a./Commissione*, C-398/13 P, EU:C:2015:535, punto 45). E poiché le spiegazioni relative all'articolo 52 della Carta di Nizza Strasburgo indicano che il paragrafo 3 del suddetto articolo intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU, «senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea» lo stesso giudice di Lussemburgo ha ritenuto che ‘...secondo un principio ermeneutico generale, un atto dell'Unione deve essere interpretato, nei limiti del possibile, in modo da non inficiare la sua validità e in conformità con il diritto primario nel suo complesso e, in particolare, con le disposizioni della Carta<sup>31</sup>.

Per questo motivo la Corte di giustizia preferisce, a volte, ricorrere all'affermazione per cui la CEDU ‘deve essere presa in considerazione per interpretare l'articolo della Carta di Nizza Strasburgo ad essa corrispondente<sup>32</sup>. Anche se talvolta la stessa Corte di Lussemburgo non ha mancato di fare derivare dal mancato inserimento della CEDU nell'ordinamento UE l'omesso riferimento alla giurisprudenza della Corte edu sul corrispondente articolo della Convenzione – cfr. Corte giust., 6 ottobre 2016, causa C-218/15, *Gianpaolo Paoletti e altri*<sup>33</sup>.

Si tratta, in definitiva, di un indirizzo che tende, in modo più o meno marcato, a smarcare la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo da un vincolo preciso rispetto alla CEDU che, come detto, non costituisce ‘atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione.’

Ma il vincolo si avverte nel momento in cui l'operazione di interpretazione autonoma non può in ogni caso giungere ad un livello di protezione inferiore rispetto a quello offerto dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte edu.

5.1 Ancora sul valore della CEDU( e della Costituzione). Indietro tutta dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite (penali). A proposito della poco convincente Cass., S.U., 23 ottobre 2020 n.29541, *Filardo*. Una forte presa di posizione delle Sezioni Unite penali desta non poche perplessità a proposito del valore della CEDU nell'ordinamento interno.

Il giudice della nomofilachia – Cass., S.U., 23 ottobre 2020 n.29541, *Filardo* – destinato funzionalmente ad offrire una parola particolarmente autorevole e, come sul dirsi, nomofilattica, del giudice ordinario di ultima istanza, ha di recente affermato, pur non investita specificatamente della questione dal Primo Presidente, che la CEDU, al pari della Costituzione avrebbe un ruolo assolutamente ridotto all'interno del giudizio di legittimità, poiché la presunta violazione del parametro convenzionale “...a sua volta proponibile in ricorso unicamente a sostegno di una questione di costituzionalità di una norma interna” dovrebbe fare i conti con il rango che la CEDU ha all'interno del sistema delle fonti, appunto meramente “integratrice del preceitto di cui all'art.117, comma 1, Cost.”

Da qui l'inammissibilità della censura che pone alla sua base la violazione del parametro convenzionale in assenza di una questione di legittimità costituzionale proposta.

Ora non si intende qui in alcun modo affrontare la questione relativa alla violazione di norma costituzionale, dovendosi invece spendere soltanto qualche parola in ordine alla ritenuta inammissibilità di una censura che, come nel caso esaminato dalle S.U. penali, avesse come punto di riferimento norme del codice di procedura penale unitamente alla prospettata violazione della CEDU.

Orbene, stando al ragionamento delle Sezioni Unite penali –che sul punto seguono un orientamento espresso dalla sezione seconda penale(Cass. pen. n.12623/2020) – il rango sottordinato della CEDU alla Costituzione non potrebbe che consentire il ricorso al parametro convenzionale se ed in quanto funzionale ad una questione di costituzionalità che,

<sup>31</sup> V.Corte giust., sentenze *McDonagh*, C-12/11,punto 44, e *Riesame Commissione/Strack*, C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, punto 40;Corte giust.[GC]15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, § 47-48.

<sup>32</sup> Corte giust. 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU, C.K., §68; Corte giust., 28 luglio 2016, causa C-294/16 PPU, JZ, § 50; Corte giust. [GC]15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, cit., § 77.

<sup>33</sup> Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Priti Pikamäe presentate il 23 aprile 2020 nelle cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU FMS, FNZ (C-924/19 PPU),SA,SA junior (C-925/19 PPU).

non essendo stata prospettata dal ricorrente, rende la censura non esaminabile dal giudice di legittimità.

Il ragionamento non persuade per due ordini di ragioni.

Perché, da un lato, esso tralascia di considerare che è *pleno iure* “legge” il testo normativo che ha ratificato, nel 1955, la CEDU nell’ordinamento interno – legge n.848/1955 – di guisa che, a titolo meramente esemplificativo, tale parametro è destinato a prevalere rispetto ad una disposizione di legge antecedente con essa incompatibile o comunque a trovare applicazione in caso di lacuna normativa, di vuoto che il giudice può colmare attraverso l’applicazione del detto parametro.

Ma quel che più colpisce rispetto alla netta presa di posizione delle Sezioni Unite è la totale pretermissione, all’interno del processo decisionale del giudice di nomofilachia, del piano interpretativo ed ermeneutico sul quale si colloca la CEDU. Piano al quale, per converso, il giudice, *ogni giudice* è tenuto proprio in forza delle note sentenze gemelle della Corte costituzionale rese nell’ottobre 2007 e nei seguiti che esse hanno avuto.

Un piano, quello interpretativo, indefettibile al quale il decisore di turno, compreso quello di ultima istanza, non pare potersi in alcun modo sottrarre tutte le volte in cui gli sia prospettato un *vulnus* della decisione giudiziale rispetto al parametro convenzionale. Basta, sul punto, rinviare alle riflessioni a più riprese espresse da autorevole dottrina<sup>34</sup>.

In questo caso spetterà al giudice verificare se detto *vulnus*, ove ritenuto esistente, possa essere rimosso attraverso una interpretazione del dato normativo interno coerente con il parametro convenzionale, senza dunque alcuna necessità di investire il giudice costituzionale e con l’ovvia ulteriore possibilità di considerare che l’incidente di costituzionalità potrà eventualmente essere sollevato dal giudice al quale è stata proposta la censura ove egli dovesse ravvisare una radicale incompatibilità del dato normativo interno con la CEDU tale da richiedere necessariamente l’intervento del giudice costituzionale.

Quella adottata dalle Sezioni Unite penali, rispetto ad una censura che aveva peraltro prospettato la violazione di norme interne e convenzionali, si dimostra essere una posizione per certi versi oscurantista rispetto al reale ruolo della CEDU nel sistema interno che, oltre a produrre una regressione significativa del livello di effettività del sistema di protezione dei diritti, finisce con l’approfondire ancora di più lo iato fra CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, in definitiva ulteriormente enfatizzando i problemi in punto di egualianza fra le tutele apprestate dai ricordati strumenti di cui si dirà nei successivi paragrafi.

L’unica speranza è che l’indirizzo appena registrato non rappresenti il punto di vista delle Sezioni Unite sul tema della rilevanza della CEDU nell’ordinamento interno anche per ciò che riguarda la proposizione del ricorso per Cassazione, ma unicamente una sorta di *obiter* sul quale il giudice di nomofilachia potrà, magari, in un non lontano futuro ritornare, fornendo una lettura più coerente con i principi espressi dalla Corte costituzionale.

6. La massimizzazione delle tutele nel campo dei diritti fondamentali. A proposito dei rapporti fra Carta UE e CEDU. Va in ogni caso tenuto fermo che quanto fin qui detto non incide affatto sulla possibilità di offrire un segmento di tutela superiore rispetto alla corrispondente disposizione della CEDU quando la Carta di Nizza–Strasburgo dovesse essere interpretata in modo da garantire un innalzamento del livello di tutela offerto da quest’ultima.

In questa direzione a prendere posizione univoca è, in termini generali, l’art.53 della Carta sul quale occorre soffermarsi. Entriamo così nel vivo del tema delle relazioni fra i livelli di protezione che la Carta e la CEDU offrono ai diritti fondamentali.

Tale disposizione intende fissare, anche in questa circostanza, alcuni paletti che sembrano muoversi sul piano delle fonti.

Nelle Spiegazioni annesse all’art.53 della Carta UE si dice che “*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*

<sup>34</sup> Sulle indicazioni metodologiche relative al modo di operare della CEDU offerte a più riprese da A. Ruggeri sia consentito rinviare a R. Conti, *Ruggeri, i giudici comuni e l’interpretazione*-, in *Giustiziainsieme*, 4 ottobre 2019.

*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.”*

Da qui una possibile lettura in termini di gerarchia fra la Carta UE e la CEDU a favore della seconda.

Ora, non sembra potersi disconoscere che il risalto concesso dall’art. 53 della Carta UE alla CEDU intende riconoscere al sistema convenzionale – nel quale gioca un ruolo determinante il diritto vivente della Corte europea (come ha cura di chiarire la *motivazione* dell’articolo citato allegata alla *Nota*) – una sorta di “sovraordinazione” sulla tutela appresta ai diritti fondamentali alla CEDU, rendendo più stringente la conformazione delle regole comunitarie in materia di diritti umani a quelle della Convenzione, per come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

Ciò, del resto, è in piena armonia con la storia stessa della tutela dei diritti fondamentali nel diritto comunitario, che appunto la Corte di Giustizia alimentò traendo proprio dalla CEDU – oltre che dal vago rinvio alle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri – la materia su cui edificare la protezione – comunitaria e dunque autonoma – dei diritti fondamentali.

Ma la prospettiva che qui si preferisce assecondare è esattamente opposta, muovendo da un’analisi comparativa dell’art.52 appena ricordato e dell’art.53 della CEDU al quale il primo si rifa.

Sotto la rubrica “Salvaguardia dei diritti dell’uomo riconosciuti”, l’art.53 CEDU prevede, come si è già ricordato, che “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 ad ogni altro accordo al quale essa partecipi.”

Anche la disposizione CEDU da ultimo ricordata intende offrire all’interprete un mezzo per ovviare alla criticità rappresentata dal diverso *standard* di tutela di un diritto fondamentale eventualmente esistente fra il catalogo della Convenzione e la protezione nazionale allo stesso riconosciuta, salvaguardando il livello di protezione più benevolo di un diritto fondamentale.

Questo mezzo è, per l’appunto, rappresentato dal canone ermeneutico volto a dare prevalenza, per ciò che riguarda i rapporti fra diritto nazionale e CEDU, alla protezione di più ampio livello anche se essa promana dalla fonte nazionale, in definitiva tratteggiando il carattere della sussidiarietà che ivi campeggia<sup>35</sup>.

La trasposizione quasi pedissequa dell’art. 53 CEDU nell’art. 53 della Carta di Nizza crea, peraltro, ulteriori e forse più complessi problemi, se si considera che l’art. 53 della Carta UE contempla nell’opera di armonizzazione che nasce dall’interpretazione non solo la CEDU, ma anche le Costituzioni degli Stati membri (tema che non è qui possibile affrontare fuoriuscendo dal perimetro del presente intervento).

Se ci si ferma, dunque, ad un’analisi quasi letterale dell’art. 53 si potrebbe così avere l’impressione che la carica di armonizzazione correlata al richiamo della CEDU subisce, in effetti, pesanti condizionamenti, non potendosi mai oltrepassare, nell’affermazione dei diritti sanciti dalla Carta, “i diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali” riconosciuti “anche” dalle Costituzioni degli Stati membri che finirebbero così per assurgere a fonte prevalente.

E sempre seguendo quest’impostazione si dovrebbe finire col riconoscere che anche la Carta di Nizza–Strasburgo non ha potuto fare a meno di legittimare quella teoria dei c.d. contro-limiti che alcune Corti costituzionali europee – fra le quali quella italiana – hanno coniato per comprimere il “primato” del diritto comunitario nel tentativo, più o meno dichiarato, di costituire un fortino per salvaguardare le “fondamenta” dei singoli Stati dai diritti di matrice sovranazionale – ancorché classificati come *fondamentali* –. E ciò anche se la Corte di giustizia, a partire dalla sentenza *Melloni*, ha mostrato di sentirsi refrattaria a tale “pericolo”.

<sup>35</sup> V.,V. Sciarabba, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e corte europea*, Roma, 2019, 137 ss.

Il nodo può sembrare “gordiano” e “confittuale”, ma è meno astruso e complicato di quanto possa sembrare se si abbandona non solo l’idea di governare i diritti fondamentali ricercando il *primato* dell’una fonte sull’altra, ma anche una prospettiva fondata su una davvero improbabile “scala” fra le fonti – nazionali e sovranazionali – che contemplano e contengono i diritti fondamentali.

Risulta quindi persuasiva l’impostazione autorevolmente e ripetutamente espressa negli anni da numerosi studiosi di siffatte tematiche rifacendosi qui, in particolare, al pensiero espresso da Antonio Ruggeri<sup>36</sup>, alle cui parole nulla sembra doversi e potersi aggiungere quando l’Autore auspica un uso massiccio del canone ermeneutico per sciogliere i nodi prodotti dalla tutela *multilivello*<sup>37</sup>.

Occorre dunque concludere che l’articolo 53 della Carta UE intende affrontare il tema del coordinamento fra fonti nazionali e sovranazionali che regolamentano diritti e libertà fondamentali facendo espresso ricorso al canone interpretativo – in piena sintonia con l’interpretazione dell’art. 53 CEDU fornita dalla Corte europea dei diritti dell’uomo – in esso individuando un meccanismo capace di favorire un’osmosi fra i diversi cataloghi dei diritti, ma anche di salvaguardare la protezione più approfondita che un valore può avere in uno strumento diverso dalla Carta (UE) e dunque il pluralismo nella tutela dei diritti fondamentali in Europa. Tutto questo in modo da realizzare una “tensione” verso il massimo livello di tutela, inteso come metavalore che *irraggia* le relazioni fra tutte le Carte dei diritti, nazionali e sovranazionali. Prospettiva, quest’ultima, che non trova consensi unanimi nella dottrina e che, tuttavia, serpeggia ora anche nella giurisprudenza costituzionale, se si guarda ad un recente passaggio contenuto nell’ordinanza n.182/2020 della Corte costituzionale<sup>38</sup>.

In definitiva, la protezione offerta dalla Carta UE (deve) cede(re) rispetto a quella offerta dalla CEDU per come interpretata dalla Corte di Strasburgo e può risultare recessiva anche rispetto alla maggior protezione eventualmente riconosciuta dalle Costituzioni nazionali, impregiudicata la possibilità di attribuire diritti maggiori di quelli tutelati dalla CEDU (art.52). Ciò perché la tutela multilivello non esclude che ciascun sistema nazionale sia caratterizzato da una migliore tutela di quei diritti fondamentali che costituiscono il suo patrimonio costituzionale, anzi orientandosi verso una costante interazione che appunto alimenta la sussidiarietà tra i diversi sistemi, l’uno potendo soccorrere in caso di fallimento dell’altro<sup>39</sup>.

Orbene, tornando alla consistenza dell’art. 53 della Carta UE e senza voler negare le diversità esistenti con il meccanismo sancito dall’art. 53 CEDU – essenzialmente correlate al diverso rapporto di forza esistente fra CEDU e sistemi normativi dei Paesi aderenti – appare in ogni caso chiaro che l’opera di armonizzazione che certamente la Carta di Nizza–Strasburgo intende perseguire non può che alimentarsi dell’attività, a tratti coraggiosa ed a tratti prudente, dei “giudici” chiamati a dare voce ai diritti fondamentali ed ai diversi cataloghi dei diritti.

Ed è proprio l’art. 53 a garantire, attraverso l’armonizzazione giurisprudenziale delle Corti nazionali e delle due Corti europee perseguita con il metodo dell’interpretazione *conforme* alla CEDU, il “diritto comune delle libertà” in Europa.

Anzi, corre l’obbligo di precisare che nel concetto di “giudici” chiamati ad interpretare questo composito quadro normativo relativo ai diritti fondamentali vanno a pieno titolo inseriti i “giudici comunitari di diritto comune” e, dunque, gli organi giurisdizionali nazionali

---

<sup>36</sup> A. Ruggeri, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in questa Rivista, 2019, f.II, 18 dicembre 2019, 714.

<sup>37</sup> V., fra gli ultimi interventi dell’Autore cit. nel testo, il pensiero espresso nell’intervista di R.G. Conti, insieme a R. Bin, sul tema, *Giudice o giudici nell’Italia post-moderna?*, in *Il mestiere del giudice*, a cura di R. G. Conti, Padova, 2020,1 ss.

<sup>38</sup> Corte cost.n.182/2020, p.3.2: “Questa Corte ravvisa, infatti, una connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di cassazione e quelli riconosciuti dalla Carta, arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici. Spetta dunque a questa Corte salvaguardarli in una prospettiva di massima espansione.”

<sup>39</sup> Cfr., da ultimo, A. Ruggeri, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di O. Pollicino e V. Piccone, Napoli, 2019, 317 ss.

che saranno appunto chiamati, laddove non decidano di sperimentare il meccanismo del rinvio pregiudiziale – dovuto solo per le giurisdizioni superiori – a procedere a quella delicata opera di “bilanciamento” ed armonizzazione dei diritti fondamentali che sposta notevolmente il baricentro del diritto da una fase *statica* ad una ben più ricca – ed a tratti *incerta*, se si continua a pensare alla certezza del diritto in termini tradizionali – fase *dinamica*, diuturnamente alimentata dall’opera interpretativa della magistratura.

Illusorio e giuridicamente errato sarebbe pensare che quest’opera integratrice ed ermeneutica debba essere riservata “in via esclusiva” al giudice di Lussemburgo o comunque alle Corti costituzionali dei paesi dell’Unione, perdendosi altrimenti di vista l’assoluta rilevanza riconosciuta al giudice nazionale dall’intero sistema UE e, soprattutto, dalla stessa Corte di Giustizia.

Può, infatti, senza tema di smentita ritenersi che i primi tutori dei diritti sono i giudici nazionali sui quali grava il compito di garantire il rispetto dei diritti applicando le leggi nazionali ma, avendo sempre presente sullo sfondo l’esistenza della CEDU.

7. La convergenza dei parametri Carta UE e CEDU e il tema degli obblighi positivi degli Stati membri rispetto ai rapporti interprivati. A) la CEDU e rapporti fra privati: quale rilevanza? Quello dell’efficacia dei rapporti c.d. orizzontali (fra privati) dei diritti fondamentali è un tema che “irradia” i sistemi continentali europei<sup>40</sup> da una certa epoca, a cominciare dall’esperienza tedesca – cd. *Drittwirkung* – nella quale ha avuto particolare attenzione, sviluppando tematiche (efficacia diretta attraverso clausole generali o efficacia diretta senza mediazione di clausole generali)<sup>41</sup>.

Tale tematica si è sviluppata anche all’interno della CEDU sicché prima di valutare quale sia la rilevanza della Carta UE nei rapporti interprivati<sup>42</sup> occorre preliminarmente chiedersi quale rilevanza abbia la CEDU nel medesimo ambito.

Si tratta, per molti versi, di un terreno ancora da esplorare<sup>43</sup>, rispetto al quale verrebbe agevole affermare che la CEDU ha come destinatario finale degli obblighi ivi assunti lo Stato, in tutte le sue multiformi articolazioni organiche. In effetti, ai sensi dell’art. 1 della CEDU, ciascuno Stato contraente “riconosce ad ogni persona sottoposta alla [sua] giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel ... [la] Convenzione”.

Così espressa la risposta risulterebbe, tuttavia, incompleta e insoddisfacente, essendo il tema decisamente più complesso, vuoi sotto il profilo dello svolgimento di funzioni pubbliche da parte di soggetti privati che dovrebbero rimanere sotto l’ombrelllo convenzionale, vuoi sotto l’aspetto, assai più rilevante, dell’esistenza, a carico dello Stato, di vari “obblighi positivi” che lo Stato assume nei confronti di tutte le persone al fine di assicurare l’esercizio dei diritti garantiti dalla CEDU.

Utile può essere, allora, uno sguardo alla giurisprudenza del Corte di Strasburgo, pur senza dimenticare il suo carattere eminentemente casistico.

La Corte EDU ha infatti affermato – caso *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, § 31, caso *Young, James e Webster c. Regno Unito*, 13 agosto 1981, § 49 – che in aggiunta all’impegno soprattutto negativo dello Stato di astenersi dall’ingerenza nelle garanzie previste nella Convenzione, possono esservi *obblighi positivi* intrinseci a tali garanzie. La responsabilità dello Stato può allora essere impegnata in conseguenza dell’inoservanza del suo obbligo di adottare una legislazione interna idonea a preservare il diritto fondamentale che entra in gioco.

Quanto al primo aspetto, la giurisprudenza della Corte EDU ha affrontato il tema degli obblighi positivi dello Stato rispetto ai danni prodotti da soggetti, anche privati, che espletano servizi pubblici – colpa medica – Corte dir. Uomo, 17 gennaio 2002) *Calvelli e Ciglio c. Italia* –

<sup>40</sup> V. P. Femia, “*Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione delle sfere private*”, in *Pietro Perlingieri. Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, 2006, Napoli, 194.

<sup>41</sup> V., di recente. F. Episcopo, *L’efficacia orizzontale dei diritti fondamentali al vaglio della Corte Federale Tedesca. Brevi note a margine di alcune recenti sentenze del Bundesverfassungsgericht*, in *Giustizia Insieme*, 28 maggio 2020, sui casi “Stadium Ban” e “Hotel Ban” di recente esaminati dal Tribunale costituzionale tedesco.

<sup>42</sup> V.,G. Alpa, *L’applicazione diretta dei diritti fondamentali ai rapporti fra privati*, in *I diritti dell’uomo*, 2016, XXVII, 3, 2016 517.

<sup>43</sup> V. U. Rescigno, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 325 ss.

servizi sanitari – Corte dir. uomo, Corte dir.uomo, 16 giugno 2005, *Stork c. Germania* – raccolta rifiuti – Corte dir. uomo, 10 febbraio 2012, *Di Sarno c. Italia* – sanzioni e istruzione scolastica – Corte dir. uomo, 25 marzo 1993, *Costello Roberts c. Regno Unito* –. In tali casi lo Stato risponde direttamente della violazione subita dal privato.

Sotto il secondo versante, il concetto di obbligo positivo si affianca, differenziandosene, a quello di “obbligo negativo”. A fronte dell'esigenza di “non danneggiare” un diritto su base CEDU imposta allo Stato, l'obbligo positivo impone a quest'ultimo un comportamento proattivo, obbligandolo a rendere in concreto esercitabile il diritto di matrice convenzionale. Ed è proprio attraverso il concetto di obbligo positivo che si giunge all'affermazione dell'efficacia *indiretta od orizzontale* della CEDU nei rapporti fra privati<sup>44</sup>.

Chiarificatrici in ordine alla crescente rilevanza dell'efficacia orizzontale della CEDU risultano le osservazioni espresse dal Giudice Wojtyczek nell'opinione concorrente resa nel caso *Bochan c. Ukraine* (n. 2), 5 febbraio 2015, deciso dalla Grande Camera della Corte edu.

Tale prospettiva è chiarita in modo esplicito dalla Corte quando ha riconosciuto che essa non è, in teoria, tenuta a definire controversie di natura puramente privata, però immediatamente aggiungendo che *nell'esercizio del controllo europeo che le spetta, non può rimanere passiva laddove l'interpretazione da parte di un tribunale interno di un atto giuridico, sia esso una disposizione testamentaria, un contratto privato, un documento pubblico, una disposizione di legge o una prassi amministrativa, appaia illogica, arbitraria, discriminatoria o, più in generale, incompatibile con i principi sottostanti alla Convenzione* – Corte dir. uomo, *Pla e Puncernau c. Andorra*, 13 luglio 2004, § 59; conf. Corte dir.uomo, 16 dicembre 2008, *Shid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia*, 33 .

Occorre, a questo punto, chiarire in quali termini la CEDU è destinata ad operare nell'ambito dei rapporti interprivati.

In generale, può darsi che la protezione offerta ai diritti di matrice convenzionale non è piena tanto quanto quella che nasce dall'immediata applicazione dei diritti convenzionali direttamente azionabili nei confronti dello Stato, richiedendosi allo Stato un obbligo di garantire la protezione giurisdizionale dei diritti secondo la legislazione nazionale e purché questa sia scevra da profili di arbitrarietà o da irragionevolezza evidenti.

La diversità fra la protezione di un diritto fondamentale nei confronti dello Stato ed il medesimo diritto laddove entri in gioco all'interno di un rapporto fra privati si delinea, sia pur con specifico riferimento al diritto di proprietà, in Corte dir.uomo, 31 maggio 2016, *Vukušić c. Croatia*, ove la Corte sussume la vicenda in un ambito non esclusivamente privatistico, ritenendo che la protezione della quale gode in questi casi il privato è dunque più ampia, riguardando direttamente il contenuto del diritto di matrice convenzionale – qui l'art.1 prot.n.1 annesso alla CEDU –.

Questo non riduce affatto, tuttavia, la rilevanza della CEDU nei rapporti interprivati, ma si sostanzia nella necessità di interpretare comunque la legislazione interna in modo conforme alla Convenzione. Quando il diritto interno, come interpretato giudizialmente, rende legittima una condotta contraria a CEDU, si realizza la violazione convenzionale, invece eliminabile informando la legislazione interna al rispetto dei canoni convenzionali, in primo luogo attraverso un'interpretazione convenzionalmente orientata. Il che, ovviamente, non elida le difficoltà correlate alla tipologia di sindacato richiesto al giudice nazionale quando è chiamato a riempire di contenuto un diritto fondamentale che vive dinamicamente nella giurisprudenza della Corte edu e che, d'altra parte, lo chiama ad un sindacato non agevole in ordine al carattere imprevedibile e/o arbitrario di una legge interna, di matrice normativa o contrattuale.

La prospettiva qui segnalata è emersa proprio con riferimento alla protezione del diritto di proprietà – v. Corte dir. uomo, 10 gennaio 2012, *Vulakh e altri c. Russia* e, in modo ancora più chiaro, Corte dir. uomo, 12 marzo 2014, *Zagrebačka banka d.d. c. Croatia*, in tema di libertà di espressione (art. 10 CEDU) – v. Corte dir. uomo, 16 ottobre 2013, *Remusszko c. Polonia* e di libertà di associazione (art. 11 CEDU) – v. Corte dir. uomo, 6 novembre 2012, *Redfearn c. Regno Unito*.

---

44 Sul punto v. V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Torino, 2016, 114, 116.

Particolarmente proficuo può ancora risultare il richiamo al caso dei soggetti sfrattati dal proprietario per avere mantenuto un impianto parabolico non consentito dal contratto di locazione.

Corte dir. uomo, 16 dicembre 2008, *Kurshid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia* ha ritenuto che la decisione adottata dal giudice nazionale infrangeva il diritto alla libertà di informazione (art.10 CEDU), in relazione al fatto che i conduttori, di origine persiana, avevano utilizzato il sistema parabolico per ricevere programmi televisivi in arabo e in persiano dal loro Paese natale. La Corte, in definitiva, ha inteso verificare se le motivazioni fornite dalle autorità nazionali per giustificare l'ingerenza fossero “pertinenti e sufficienti” e se la misura presa fosse “proporzionata ai fini legittimi perseguiti”. Si chiarisce, così, testualmente, che “la Corte deve convincersi del fatto che le autorità nazionali, basandosi su una valutazione accettabile dei fatti pertinenti, abbiano applicato regole *conformi* –corsivo aggiunto– ai principi racchiusi nell'art. 10 CEDU”.

In questo, dunque, si sostanzia l'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata al quale è tenuto il giudice nazionale allorché la controversia, sia anche essa pendente tra privati, involge l'esame di diritti di matrice convenzionale.

Ancora, può ricordarsi Corte dir. uomo, Grande Camera, 7 febbraio 2013, *Fabris c. Francia* (ric.n.16574/08), chiamata a verificare l'inadempimento (parziale) di uno Stato ad una pronunzia resa dal giudice di Strasburgo in un procedimento diverso da quello attivato dai ricorrenti – Corte dir. uomo, 1 febbraio 2000, *Mazurek c. Francia* (ric. n. 34406/97) – che aveva riconosciuto, in termini di violazione di sistema, una discriminazione in danno del figlio adulterino rispetto ai diritti successori riconosciuti al figlio legittimo, ha esaminato il regime transitorio introdotto dalla legge interna, alla cui stregua era stata sì eliminata detta discriminazione non estendendo temporalmente, tuttavia, gli effetti innovativi da essa previsti alla vicenda del ricorrente, originata in epoca precedente alla prima decisione di condanna resa dalla Corte di Strasburgo.

La decisione fa il paio con altre pronunzie nelle quali la Corte edu, proprio nel campo delle discriminazioni, non ha avuto esitazione a riconoscere la piena applicazione della CEDU nei rapporti interprivati.

Il che si verifica, poi, in termini generali, rispetto al parametro del giusto processo – art. 6 CEDU – come chiarito, tra le altre, da Corte dir. uomo, 14 febbraio 2012, *Arras e altri c. Italia, § 45*.

Senza dire che è numericamente rilevante la giurisprudenza della Corte edu sulle questioni che involgono relazioni familiari di vario genere che, all'evidenza, intercorrono fra privati e che non per questo riducono gli obblighi positivi dello Stato affinché i diritti dei diversi soggetti (che) risultino coinvolti vengano protetti dallo Stato in maniera concreta, effettiva ed efficace.

Prezioso è poi stato il contributo della dottrina più accorta (Navarretta<sup>45</sup>) che è riuscita a tratteggiare con estrema chiarezza in cosa consista l'efficacia diretta della CEDU quando lo Stato e/o le sue articolazioni sono parti di un giudizio ed in cosa invece si risolva l'efficacia indiretta che concerne i rapporti c.d. orizzontali.

Nell'uno e nell'altro caso l'incidenza è enorme e poco fin qui considerata, non maneggiandosi – per scelta dogmatica o per altre forse intuibili ragioni – con la dovuta familiarità concetti quali quelli di obblighi positivi e negativi ricadendo sullo Stato per effetto della sua adesione alla CEDU. Ed infatti, a fronte dell'esigenza di “non danneggiare” un diritto su base CEDU imposta allo Stato, l'obbligo positivo impone a quest'ultimo un comportamento proattivo, obbligandolo a rendere in concreto esercitabile il diritto di matrice convenzionale. Questo obbligo si trasmette dunque a tutti gli organi statali e, quindi, anche alla giurisdizione.

<sup>45</sup> Cfr. E. Navarretta, *Costituzione, europea e diritto privato. Effettività e Drittewirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; E. Navarretta, *Princípio di uguaglianza, princípio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. Dir. Civ.* 2014, id., *CEDU e cultura giuridica italiana*, 5. *La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e i civilisti*, Intervista di R. G. Conti a N. Lipari ed E. Navarretta, in *GiustiziaInsieme*, 9 gennaio 2020.

Non vi è dunque rapporto interprivato, caratterizzato da qualsivoglia tipologia di interesse ad esso sotteso, personale o patrimoniale, che fuoriesca dal *cappello*<sup>46</sup> offerto dalla CEDU alla protezione dei diritti fondamentali, osserva la Navarretta anche per effetto del fare sistema della prima con la Costituzione.

Si ha qui agio di comprendere che il piano dell'interpretazione del diritto interno in modo coerente e conforme alla CEDU sembra prevale naturalmente sul tema delle relazioni fra le fonti, ancorché la lacuna eventualmente riscontrata sul piano giuridico interno possa essere sanata attraverso la mediazione della Costituzione (Navarretta, cit.).

Se, infatti, il sindacato sul contrasto fra norma interna e CEDU va riservato in via esclusiva alla Corte costituzionale— secondo le note rime fissate dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale rese nell'anno 2007 e dai successivi seguiti —, è sul piano ermeneutico che la Cedu, con la copertura costituzionale introdotta dall'art.117 Cost., può inserirsi negli interstizi lasciati vuoti dal sistema<sup>47</sup>.

In conclusione, rispetto al tema complessivo dell'efficacia orizzontale della CEDU nei rapporti interprivati, sono di grande rilievo le osservazioni conclusive espresse da Aurelio Gentili, nel suo saggio dedicato all'argomento<sup>48</sup>.

7.1 B) Quale efficacia della Carta UE nei rapporti interprivati? Fin qui la CEDU. E la Carta di Nizza–Strasburgo rispetto ai rapporti interprivati?

Guido Alpa in un suo saggio, dedicato alla rilevanza dei diritti fondamentali nei rapporti fra privati, occupandosi della Carta UE sottolinea come “...il significato pregnante del nuovo testo è racchiuso in modo icastico nel Preambolo in cui si evidenziano i valori comuni dei popoli d'Europa, valori qualificati come indivisibili e universali; essi sono la dignità umana, la libertà, l'uguaglianza, la solidarietà; questi valori rispettano la diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, sono radicati nel patrimonio spirituale e morale europeo, e sono considerati l'espressione più alta della nozione di persona, posta al centro dell'azione dell'Unione; una nozione qualificante della cittadinanza e dello spazio di libertà, sicurezza, giustizia che essa intende promuovere e garantire.” E prosegue poi nel sottolineare un altro passo del Preambolo — «Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future. Pertanto, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati in appresso»— non solo per escluderne ogni valenza meramente enfatica ma, al contrario, per sottolinearne il vero ed autentico senso, rappresentato dal fatto che i diritti fondamentali costituiscono “*principi che hanno valore giuridico, che fanno sorgere responsabilità e doveri nei confronti dello Stato o dell'Unione e nei confronti degli altri.*”, infine ricordando l'applicazione fatta dalla Corte di Giustizia di parametri della Carta all'interno dei rapporti interprivati. Il percorso per la piena applicazione della Carta UE in ambito privatistico è dunque pienamente tracciato, anche grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che se attentamente ricercata e studiata, offre contrafforti particolarmente edificanti<sup>49</sup>.

E non vanno certo dimenticate le più recenti prese di posizioni della Corte di giustizia in ambito lavoristico<sup>50</sup> o in materia di diritto all'oblio<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> Cfr. R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, 290 ss.

<sup>47</sup> Sul ruolo della CEDU in caso di lacuna normativa, v., volendo, R. Conti, *Legge Pinto - ma non solo - Corte di Cassazione e CEDU su alcune questioni ancora controverse*, in *Questione giustizia 23 marzo 2015*.

<sup>48</sup> Cfr. A.Gentili, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *NGCC*, 1/2016, 183 ss.

<sup>49</sup> V. Corte giust., 11 settembre 2018, C-68/17, *IR. V.*, anche, Corte giust. 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*. Su entrambe le decisioni, v., A.C. Ciacchi, *The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights. ECJ 17 April 2018, Case C-414/16, Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. and ECJ 11 September, 2018, Case C-68/17, IR v JQ*, in <https://www.cambridge.org/core/terms>. <https://doi.org/10.1017/S1574019619000154>.

<sup>50</sup> Corte giust., 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck* [GC]; sentenza del 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer e Wilmeroth* [GC].

<sup>51</sup> Corte giust., 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland, Seitlinger and Others*; Corte giust., 13 maggio 2014, *Google Spain e Google*, C-131/12, commentate O. Pollicino, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning*

Vicenda, quest'ultima nella quale, il riconoscimento di un rimedio agli utenti al fine di potere ottenere dopo un indefinito periodo di tempo la rimozione delle informazioni riguardanti fatti o notizie attinenti all'interessato altro non è che il riconoscimento dell'immediata efficacia degli artt.7 e 8 della Carta UE<sup>52</sup>, mostrando una tendenza del giudice UE a volere “assoggettare anche i soggetti privati al rispetto delle prerogative costituzionali previste dalla Carta” (Pollicino, cit.), pur senza professare in via di principio tale “svolta” nella sua giurisprudenza

Il discorso si fa, indubbiamente complesso perché tocca istituti di carattere generale all'interno del diritto dell'Unione europea, primo fra tutto quello dell'efficacia orizzontale del diritto UE nei rapporti interprivati.

Ma preme rilevare che l'osmosi esistente fra le due Carte della quale si è già parlato tende a rendere omogenee le modalità di approccio, di guisa che anche per le disposizioni della Carta UE riproduttive, in tutto o in parte, di disposizioni CEDU, la regola di ingaggio rappresentata dagli artt. 52 par.3 e 53 imporrà all'interprete di considerare la portata e l'efficacia della disposizione convenzionale senza che la protezione da offrire all'interno della controversia regolata dalla Carta UE possa essere inferiore a quella convenzionale.

I vasi comunicanti, dunque, continuano ad irrorarsi vicendevolmente, tanto che i risultati raggiunti per l'una carta finiscono con l'irradiarsi continuamente e vicendevolmente.

8. Conclusioni. Quale giudice nazionale per le Carte dei diritti? La rassegna di spunti fin qui offerti impone un pensiero rivolto a chi è chiamato a maneggiare le Carte dei diritti sovranazionali( e la Costituzione, qui non esaminata) e, dunque, a tutti noi.

Si parla spesso di “cassetta degli attrezzi” per sottolineare la prospettiva, assolutamente condivisibile, che impone al giudice ed all'avvocato di sapersi destreggiare nell'uso di tali attrezzi, nella scelta oculata e attenta degli stessi, nell'attenzione e cura che occorre usare per maneggiarli al momento giusto. Il corso al quale ho avuto il privilegio di partecipare persegue commendevolmente questa prospettiva in una chiave di diffusività, efficacia nella quale chi scrive si ritrova e spera di avere offerto qualche granellino di sabbia in un ambito davvero sconfinato.

Tale prospettiva, peraltro, si arricchisce ulteriormente se si guarda con una lente particolare proprio a questi *attrezzi*, a ciò che essi rappresentano per la giustizia, gli operatori del diritto, gli avvocati ed i giudici.

A ben considerare, le Carte dei diritti sono cosa ben diversa da ciò che rappresenta un bisturi per il chirurgo, anche se definirne gli elementi distintivi non è affatto semplice. Si proverà quia rappresentare meglio il senso di questa affermazione.

Le Carte sovranazionali di cui si è detto non sono strumenti inanimati, privi di vita, inespressivi se guardati al di fuori del processo, a me invece apprendo ciascuna un vero e proprio caleidoscopio, in cui i diritti che esse contemplano, proprio per il gioco di specchi posti al loro interno, determinano riflessioni ed immagini multiple, destinate a mutare in modo imprevedibile e variabilissimo a ogni movimento, proprio in relazione a ciò che determina quel movimento, appunto rappresentato dal caso e da chi maneggia quelle medesime Carte.

Insomma, le Carte hanno un corpo animato che sta a chi le maneggia delineare, fare emergere, perlustrare, scrutare, completare, arricchire in relazione a ciò che le Carte stesse proiettano rispetto ai diritti della medesima matrice.

A me pare di poter dire che si tratta di attrezzi che hanno anche un'anima, una potenza ed una capacità pervasiva enormi che, tuttavia, li fa essere utili solo attraverso l'opera quotidiana di chi appunto li maneggia.

---

di Google Spain, in <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/05/Un-digital-right-to-privacy-preso-troppo-sul-serio-dai-giudici-di-Lussemburgo.pdf>, 23.

<sup>52</sup> Così O. Pollicino, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, a cura di O. Pollicino e V. Piccone, Napoli, 2019, 299.

La cooperazione fra le Carte (i *bisturi...*) e i loro chirurghi, dunque, costituisce il punto di inizio e la fine del percorso circolare al quale è chiamato il decisore con l'attiva cooperazione di tutte le parti del processo.

Inutile dire dei guasti che si possono produrre maneggiandole male, ma non altrettanto inutile è il soffermarsi sulle straordinarie capacità curative possedute da tali Carte.

La consapevolezza di queste potenzialità chiama l'operatore giudiziario a responsabilità enormi, proprio per la capacità di tali *attrezzi* di scompaginare l'assetto non solo delle fonti, ma dei diritti delle persone coinvolte, attivando processi decisionali e “pre–decisionali” che mostrano un mondo del diritto in continuo movimento, nel quale il dinamismo delle soluzioni singole cerca di stare al passo con la specificità del caso, l'evoluzione dei diritti viventi, l'attivazione di meccanismi di “dialogo” fra i giudici.

Meccanismi sui quali molti ancora oggi ironizzano senza forse ben ponderare la sottesa idea *cooperativa* che alimenta le richieste di “aiuto” provenienti dalle istanze nazionali e rivolte a quelle sovranazionali, se solo si pensa al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed alla sua ultima gemmazione, rappresentata dal Protocollo n.16 annesso alla CEDU, sulla cui strada sembra essere caduto, incredibilmente, la clava da parte del Parlamento<sup>53</sup>.

Ma quel che più preme sottolineare è la circostanza che le due Carte di cui qui si è parlato non vivono tanto e soltanto innanzi alle giurisdizioni sovranazionali, ma devono necessariamente comparire prima e soprattutto innanzi alle Corti nazionali, alle quali spetta il compito non solo arduo, ma pericoloso e rischioso di fare emergere appunto l'anima di quegli strumenti, soprattutto ed in via prioritaria attraverso il canone dell'interpretazione conforme alle Carte stesse.

Tutte le difficoltà che si è cercato di evidenziare quanto ai rapporti fra le due Carte dei diritti, ai confini, alle modalità di attuazione delle stesse, alla individuazione della natura della protezione offerta da ogni singola disposizione non possono dunque che trovare il loro abituale e naturale luogo nelle aule di giustizia nazionali e nella sentenza del giudice.

Ciò lo si dice per fugare l'idea che i problemi qui affrontati attengano alla sfera decisionale delle Corti sovranazionali e siano “altri” rispetto a quelli del giudice domestico.

Il peso che tali problemi pone va al contrario pienamente “condiviso” da parte dei giudici nazionali che si muovono, non a caso, come primi attuatori delle Carte dei diritti.

Il che non significa, sia chiaro, soltanto usare le Carte, ma vuol dire usarle bene.

Per questo qualche anno fa, scrutinando la giurisprudenza della Cassazione sull'uso fatto della Carta UE, ebbi ad esprimere la personale insoddisfazione circa un uso poco accorto di tale strumento spesso operato dal giudice di legittimità, evidenziando che il richiamo meramente testuale ad una disposizione della Carta non appare particolarmente persuasivo se lo stesso non si affianca al significato che quella disposizione assume presso il giudice UE o almeno per le altre carte dei diritti alle quale il parametro della Carta si riferisce come spesso accade e come ci ricordano le Spiegazioni. Ciò che richiede indiscutibilmente l'esame del diritto vivente eventualmente espresso dalle Corti sovranazionali che hanno fatto applicazione di quel dato diritto<sup>54</sup>.

Certo, la complessità e liquidità delle soluzioni che provengono dalle Corti sovranazionali – e che si avverte talvolta anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>55</sup> – impone che il ragionamento si sposti sul tema dei rapporti fra le giurisdizioni nazionali e sovranazionali e sul ruolo delle Corti di ultima istanza, depositarie ciascuna della funzione

<sup>53</sup> V. l'editoriale apparso su *Giustizia Insieme* in data 12 ottobre 2020, *L'estremo saluto al Protocollo 16 annesso alla CEDU*, al quale è seguito l'intervento di A. Ruggeri, *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*, ib., 22 ottobre 2020.

<sup>54</sup> R. Conti, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione da parte della Corte di Cassazione*, in questa Rivista, 26 gennaio 2016, f.I, 79.

<sup>55</sup> Esemplare, sul punto, può essere la vicenda relativa ai danni patiti da vittime di reati intenzionali violenti che ha visto la Corte di Giustizia, proprio di recente, affermare un indirizzo interpretativo diverso da quello che aveva precedentemente espresso in altre pronunce rese in ambito di rinvio pregiudiziale-cfr. Corte giust., 16 luglio 2020, causa C-129/19, *Presidenza del Consiglio dei Ministri*. Per alcuni ragguagli sull'intera vicenda v., senza pretesa di esaustività, volendo, R. Conti, *Il contenzioso sul risarcimento dello Stato alle vittime di reato: Cass. n.2964/2019 alla ricerca dell'egualanza europea*, in *Diritti comparati*, 22 febbraio 2019.

nomofilattica<sup>56</sup>. Nomofilachia che, per dirla con le efficaci parole usata dal Primo Presidente Gianni Canzio, tende a divenire sempre di più orizzontale, discorsiva, dialogica con gli stessi giudici di merito e circolare<sup>57</sup>. Ed ancora una volta la prospettiva gerarchica che vede le prime (quelle nazionali) “dipendenti” dalle seconde (quelle sovranazionali) non risulta compiutamente appagante, ancorché possa sembrare altamente persuasiva.

Il discorso si allungherebbe troppo e rischia di andare oltre la prospettiva dell’intervento richiestomi e può forse concludersi, almeno nella prospettiva che a me è più congeniale e che vi offre senza pretesa alcuna di verità ma con umiltà, secondo la quale l’esercizio della giurisdizione risulta oggi da una composita e complessa trama di elementi che trovano all’interno del giudizio un numero consistente di attrezzi e di decisorie che si riannodano tutti davanti all’unico giudice nazionale della controversia.

Sarà lui a dovere tessere la rete, abbandonando i tratti di supremazia che non gli competono ed invece sforzandosi di essere al servizio di un’attività di *invenzione* del diritto, nel senso preciso che Paolo Grossi ci ha consegnato da Presidente e giudice costituzionale e, poi, da Presidente di questa scuola<sup>58</sup>. Un piano che, dunque, predilige il ricorso all’interpretazione delle fonti e che dall’interpretazione trae linfa per realizzare il miglior prodotto possibile dell’attività giudiziaria. Basti sul punto pensare ai canoni dell’interpretazione storica, comparatistica e teleologica coniati dalla Corte di Giustizia per verificare quanto complessa risulti l’attività giudiziaria nostrana, oggi. Con un livello di difficoltà sicuramente accresciuto per il giudice, chiamato a rivedere tecniche decisorie sedimentate in ragione dell’emersione di nuove prospettive<sup>59</sup>.

Il rischio è che tutto questo porti ad essere accusati di essere fautori di idee e condotte eversive, come pure è capitato a chi scrive o, ancora, di incontrare sul proprio percorso professionale strali di vario genere, fra i quali quelli di sovertire il sistema della Costituzione, di fomentare il diritto libero, di dare spazio ad operazioni creative del diritto.

Ma il modo migliore per resistere a tali accuse non è controbattere, ma operare al servizio delle persone con competenza, professionalità e responsabilità. In questo percorso, inutile dirlo, il ruolo dell’avvocato è insostituibile. Ed è sufficiente ricordare le parole di Piero Calamandrei quanto all’essenza degli avvocati, destinati ad essere al contempo critici delle sentenze ma anche “i più attendibili testimoni della difficoltà della fatica dei giudici”<sup>60</sup>. per avere consapevolezza che proprio i difensori sono i primi a dovere incanalare la lite in modo da coinvolgere nel modo migliore possibile tutti gli attrezzi disponibili, anch’essi orientandoli verso i valori della persona, fra i quali spicca, oggi più che mai, quello della solidarietà, già opportunamente scolpito nel Preambolo alla Carta UE dei diritti fondamentali.

---

<sup>56</sup> La prospettiva di cui si è fatto cenno nel testo è stata efficacemente esaminata da F. Donati, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, gennaio-giugno 2020, 48-68, evidenziando il recupero di certezza del diritto connesso ad un esercizio della funzione nomofilattica dei giudici di ultima istanza accorto e capace di recuperare il canone dell’eguaglianza a volte messo in crisi da decisioni divaricate pur se omologhe.

<sup>57</sup> V. G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, 2/2017. Sul tema v., altresì, R. Rordorf, *A cosa serve la Corte di cassazione*, in *Magistratura giustizia società*, Bari, 2020, 329; E. Lupo, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l’indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.* 2020, 991.

<sup>58</sup> P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017; Id., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 869; Id., *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, 2015; P. Grossi, *A proposito de ‘il diritto giurisprudenziale’*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2020, 1; id., Prefazione, “*Il mestiere del giudice*”, a cura di R.G. Conti, Padova, 2020.

<sup>59</sup> Cfr. G. Vettori: *Regole e principi. Un decalogo*, in *NGCC*, 1/2016, 128.

<sup>60</sup> P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche – Volume I, Problemi generali del diritto e del processo*, Riedizione a cura della Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, Istituzione del Comune di Montepulciano e della Fondazione “Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei” – Romatre press, 602.