GIUSTIZIA INSIEME

Costituzione e Carte dei diritti fondamentali

Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare

di **Sergio Bertole**

13 gennaio 2021

Ieri il Senato ha approvato in via definitiva il d.d.l. n.1958 di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 annesso alla CEDU, dal quale è stato stralciata la ratifica del Protocollo n.16. Il dibattito lanciato da Giustizia Insieme con l'editoriale ***L'estremo saluto al Protocollo 16 annesso alla CEDU****, dopo gli interventi di* ***Antonio Ruggeri*** *-* ***Protocollo 16: funere mersit acerbo?*** *-* ***Cesare Pinelli*** *–* ***Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*** *-* ***Elisabetta Lamarque*** *-* ***La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*** *-* ***Carlo Vittorio Giabardo*** *–* ***Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts*** *–* ***Enzo Cannizzaro*** *–* ***La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n.16*** *–* e ***Paolo Biavati*** *–* ***Giudici deresponsabilizzati ? Note minime sulla mancata ratifica del Protocollo 16****, si arricchisce, oggi, del contributo del Prof.* ***Sergio Bartole****, emerito di diritto costituzionale presso l'Università di Trieste, fino al 2018 componente della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa in rappresentanza della Repubblica Italiana. Il quadro delle riflessioni fin qui raccolte alimenta le aspettative di chi coltiva la speranza di vedere riaperto il cantiere, non solo culturale e scientifico, attorno al Protocollo 16.*

Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare

di Sergio Bartole

Sommario: 1. Impostazioni errate della trattazione della materia – 2. Implementazione ed utilizzazione della richiesta di parere alla Corte Europea dei diritti umani – 3. A proposito del rapporto fra ordinamenti.

1. Impostazioni errate della trattazione della materia

La considerazione della vicenda della mancata autorizzazione alla ratifica del Protocollo CEDU n. 16 esige, prima delle ovvie analisi di dettaglio, due riflessioni di ordine generale sugli atteggiamenti che quanti vogliono da giuristi prendere in considerazione la vicenda, non sono autorizzati ad assumere proprio in ragione della loro posizione di consulenti degli organi parlamentari competenti ovvero di commentatori indipendenti per conto di riviste o siti specializzati**[1]**.

E' anzitutto palese che esprimere un parere sulla giuridica ammissibilità del disegno di legge ordinaria di ratifica del citato protocollo esige che siano ben chiari i termini costituzionali di riferimento del ragionamento che ci si accinge a sviluppare. Correttezza vuole che il quadro sia quello dell'ordinamento costituzionale vivente, risultante dalla interpretazione comunemente e generalmente accettata della normativa costituzionale in vigore. Ciò vale anche per gli adempimenti connessi all'appartenenza dell'Italia ad organizzazioni sovranazionali. Contrapporre a quel quadro la fantasia di una speculazione tutta condotta sul filo di una personale e solipsistica lettura dei testi costituzionali e legislativi significa approfittare di una vicenda occasionale e circoscritta per introdurre propositi eversivi di uno stato delle cose in materia, che si regge sull'adesione di tutte le autorità dal cui comportamento discende il concreto conformarsi del nostro ordinamento repubblicano. Mettere in discussione la via della legge ordinaria prescelta per ratificare l'adesione dell'Italia prima alla CEDU e poi all'UE significa privilegiare un'interpretazione degli artt. 10 ed 11 della Costituzione che non appartiene alla storia della nostra Repubblica, ed è soltanto il frutto della pretenziosità intellettuale di chi la propone ed adotta. La tesi della legittimità del ricorso alla legge ordinaria, con esclusione della procedura aggravata prevista dall'art. 138 Costituzione, è allo stato confermata e ratificata dalla comune opinione delle più alte autorità costituzionali, dallo stesso Parlamento, che l'ha fatta

propria, al Presidente della Repubblica che non vi ha opposto obiezione, dalla Corte costituzionale che l'ha accolta nelle motivazioni delle sue decisioni al Governo che dagli strumenti internazionali così adottati si è ritenuto vincolato nella sua attività di ogni giorno. Soluzioni alternative possono essere proposte in via di elaborazione interpretativa in sede scientifica, con nessuna intenzione di orientare in pretesa conformità al diritto vigente l'azione degli operatori costituzionali. A costoro soluzioni alternative possono essere segnalate, ma con l'avvertenza che il loro pratico successo non può che prendere le mosse da un rovesciamento dell'orientamento vigente.

In secondo luogo non è lecito esprimere giudizi sui possibili effetti della ratifica del protocollo 16 con legge ordinaria in termini puramente ipotetici, configurando come sua sola conseguenza di fatto possibile atti e comportamenti implementativi opinabili e non riconducibili ad una corretta lettura del testo del protocollo integrativo della Convenzione e ad una sua interpretazione secondo i dettami dell'operare giuridico. L'interpretazione del diritto non è certamente operazione la cui correttezza è riscontrabile in termini matematici, ma vuole essere condotta con argomentazioni razionali, non certo traendo le sue conseguenze da ipotesi incerte fondate su non confessate paure e su ingiustificate convinzioni di una possibile implementazione del diritto in oggetto non conforme ai principi propri dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Se si vogliono indicare rischi della pratica utilizzazione del nuovo istituto della richiesta di parere facoltativo alla Gran Camera della Corte di Strasburgo da parte delle supreme magistrature ordinaria ed amministrative della Repubblica, non bisogna partire dalla opinabile convinzione che questi giudici ne facciano un uso contrario ai principi. E comunque giova indicare i possibili correttivi interpretativi che si considerano necessari ad evitare la paventata scorretta dipendenza di quei giudici da un'autorità giudiziaria di altro ordinamento, ovvero conviene proporre le modalità legislative implementative atte ad orientare quei giudici stessi nella direzione di un corretto esercizio delle loro funzioni. Temere che essi si assoggettino acriticamente e supinamente ai pareri della Corte di Strasburgo significa mettere in discussione la credibilità di quelle supreme magistrature nel momento stesso in cui si pretende di difenderne l'integrità e indipendenza. Così ragionando non si fa un'indiscriminata professione di fede in un meccanico funzionamento armonico del sistema che combina ordinamento interno ed ordinamento sovranazionale, ma anzi si affida all'attivazione di canali di relazione fra i giudici interessati il superamento di eventuali frizioni e collusioni. Quel sistema nasce dalla consapevolezza che il pluralismo delle attuali società richiede non sistemi istituzionali statici e protetti contro possibili aperture, ma sistemi che si reggono su equilibri *in progress* fondati sul

continuo lavorio dei rapporti fra autorità concorrenti e coordinate, nazionali e sovranazionali. Sono, semmai, i critici del protocollo n. 16 coloro che fideisticamente affidano l'armonia dei rapporti fra giurisdizioni ed autorità nazionali ad una visione statica e chiusa delle interne ricadute della sovranità statale in termini di gerarchia dei poteri.

2. Implementazione ed utilizzazione della richiesta di parere alla Corte Europea dei diritti umani

Fatte queste premesse, proprio dal coinvolgimento diretto delle nostre supreme magistrature nell'attuazione del nuovo istituto della richiesta di parere alla Corte Europea dei diritti dell'uomo conviene partire. Il protocollo prevede che esse siano autorizzate a provocare una consultazione di quel giudice sovranazionale su questioni di principio relative all'interpretazione ed applicazione dei diritti e delle libertà definiti e garantiti dalla CEDU e dai suoi protocolli. Il relativo potere non è dunque accordato ad ogni giudice, e quindi anche a quelli dei gradi inferiori. Si tratta, perciò, di un'innovazione non comparabile alla richiesta pregiudiziale che può essere presentata da qualsiasi giudice alla Corte di giustizia europea in ordine al diritto dell'Unione cui egli è chiamato a dare diretta applicazione. E', quindi, evidente la finalità dell'istituto, che è quella di evitare che alla tappa finale del succedersi di una trafila di possibili, successive impugnazioni si venga a formare un giudicato in contrasto con gli orientamenti e la giurisprudenza del giudice di Strasburgo. Il che potrebbe portare ad un appesantimento del *docket* di Strasburgo. Si tratta di un'impostazione conforme al sistema della CEDU che, nel rispetto del principio di sussidiarietà, condiziona il ricorso individuale alla Corte europea dei diritti dell'uomo al previo esaurimento dei ricorsi interni per consentire alle autorità nazionali di prevenire o rimediare possibili violazioni della Convenzione. Il che dovrebbe consentire che lungo quel percorso, da un lato, possa essere sollevata questione di costituzionalità sulla conformità alla Convenzione del nostro diritto interno e, dall'altro lato, del diritto convenzionale alla nostra Costituzione. Alternativa quest'ultima che dovrebbe essere comunque possibile – anche dopo l'esperimento della richiesta di parere – ove la suprema magistratura ricorrente ritenesse necessario sottoporre al vaglio dei giudici di Palazzo della Consulta, in rapporto alla Costituzione, il diritto convenzionale prefigurato nel parere rilasciato dalla Corte di Strasburgo.

In effetti, sembra da escludere che il nuovo istituto prefigurato dal Protocollo n. 16 possa consentire l'accantonamento o estraniazione della Corte costituzionale dai giudizi in materia di diritti umani e libertà fondamentali. La possibilità che essa sia adita dai giudici di merito prima

che la controversia pervenga ad una delle supreme magistrature della Repubblica, non consentirebbe a queste ultime di procedere, nell'ipotesi, quasi che la presenza del nostro giudice costituzionale dovesse reputarsi irrilevante. D'altra parte, ove una di quelle magistrature ritenesse di poter aderire all'opinione di Strasburgo espressa nel parere richiesto anche in presenza di dubbi di costituzionalità, la mancata sottoposizione della norma ricavabile dal parere al giudice costituzionale, ove si configurasse una non consentita lesione della Costituzione, potrebbe essere sempre compensata da un intervento correttivo del legislatore.

Queste aperture non sono evidentemente accettabili per quei giuristi consulenti del Parlamento o commentatori scientifici, i quali mostrano di credere che nella pratica il parere reso dalla Corte di Strasburgo dispiegherà effetti vincolanti contrariamente alla previsione del protocollo che lo configura come non vincolante. Questo modo di ragionare non è accettabile, in quanto è volto a trarre argomenti a favore della mancata ratifica del protocollo n. 16 da una mera opinabile diffidenza sul possibile atteggiamento delle nostre supreme magistrature in materia, laddove quegli argomenti sarebbero degni di attenzione e rispetto se fondati su dati di diritto oggettivi e concretamente accertabili. I ragionamenti giuridici non si possono basare su considerazioni ipotetiche, non basate su dati oggettivi e verificabili. Non è giusto e corretto addebitare ai nostri giudici mancanza di senso di responsabilità e di consapevolezza della propria indipendenza. Non ha senso ragionare come se ad essi mancasse il senso della distinzione del proprio ruolo da quello della Corte dei diritti dell'uomo. Considerato dal punto di vista dei suoi effetti sull'operare dei nostri giudici, il parere del giudice sovranazionale non va inteso come una monade che prescinde dal restante contesto giuridico in cui si situa. Per posizione istituzionale ai giudici supremi non è consentito lanciarsi in speculazioni solipsistiche ed intrattenere una relazione unidimensionale con la Corte di Strasburgo, ma debbono invece considerare il rapporto con questo giudice sovranazionale nel quadro di una considerazione complessiva del nostro ordinamento e dei rapporti di questo con ordinamenti sovranazionali.

3. A proposito del rapporto fra ordinamenti

L'ordinamento sovranazionale, sia esso quello della CEDU che quello dell'UE, fa tutt'uno con il nostro ordinamento nazionale per le materie da esso interessate. La pretesa di trovare nel solo ordinamento nazionale e, quindi, nella sola Costituzione repubblicana i termini di valutazione e giudizio in tema di tutela della persona è retaggio di superate posizioni sovraniste, anche se queste, di frequente nel passato ed oggi, professano ideali e valori asseritamente di sinistra. Il

nostro ordinamento non può chiudersi in sé stesso dimenticando le relazioni con altri ordinamenti, relazioni che sono ascrivibili alla fluidità e continuità dei rapporti dei cittadini con altre realtà e persone riconducibili ad ordinamenti diversi dal nostro, ovvero all'orientamento oggi prevalente a costruire ordinamenti sovranazionali portatori di valori innovativi anche nel campo della tutela della persona. Perciò un istituto quale quello introdotto con il protocollo n. 16 ha una grande importanza operazionale nella misura in cui promuove ed agevola i rapporti fra le autorità giurisdizionali degli ordinamenti interessati favorendone il convergere verso obiettivi condivisi. Questi sono il frutto dell'apporto di una pluralità di poteri nazionali e sovranazionali e, perciò, recano il segno non solo di quella convergenza ma anche delle individuali identità che vi concorrono. Si è detto dianzi che richiesta di parere alla Corte europea dei diritti dell'uomo e rinvio pregiudiziale alla Corte europea di giustizia sono due istituti diversi e non comparabili. Eppure, come l'esperienza del rinvio pregiudiziale insegna, la presa di contatto di un giudice nazionale con un giudice sovranazionale, nell'ipotesi anche la richiesta di parere in ordine all'interpretazione ed applicazione della CEDU e dei suoi protocolli, può diventare occasione per prospettare i termini della convivenza della tutela nazionale dei diritti e delle libertà con quella sovranazionale di quegli stessi diritti e libertà, fino al punto di piegare e orientare l'interpretazione di questa in funzione di quella e viceversa. Dire che è questa una prospettiva che va aldilà delle competenze e disponibilità dei giudici e comporta l'invasione di attribuzioni degli organi legislativi significa non rendersi conto che siamo in presenza di un fenomeno di integrazione di più ordinamenti nazionali in un ordinamento sovranazionale. I fondamenti di questo sono dettati in via generale da una carta fra le parti convenuta (come avviene nel caso dell'UE per i relativi trattati), la cui implementazione richiede misure di concretizzazione delle norme desumibili da quella stessa carta. Che tale passaggio sia affidato alla responsabilità di giudici nazionali e sovranazionali non deve stupire, visto il tradizionale mandato della funzione giurisdizionale di concretizzazione dei precetti normativi, di cui quei giudici sono investiti. Parlare di usurpazione di poteri sovrani non ha senso giacché siamo in presenza di un sistema di integrazione fra ordinamenti predisposto ed accettato dagli Stati e dalle loro autorità costituzionali in conformità di un'interpretazione delle rispettive normative costituzionali in tema di rapporti con ordinamenti sovranazionali da queste autorità condivisa ed implementata.

Nella prospettiva ora delineata è agevole comprendere che dalla descritta trama di interrelazioni e rapporti può emergere un ordinamento sovranazionale parziale, della cui elaborazione sono egualmente responsabili giudici nazionali e sovranazionali. L'esistenza di tale ordinamento agevola i rapporti fra gli Stati membri della Convenzione, come di quelli partecipi all'Unione Europea. Ciò è, ad esempio, vero per quanto riguarda l'interpretazione/applicazione degli articoli

della Convenzione e della Carta, la cui condivisione da parte degli Stati rafforza la reciproca fiducia e consente una più fluida fruizione di istituti quali il rinvio pregiudiziale alla Corte Europea di giustizia, la diretta applicazione da parte dei giudici nazionali del diritto dell'Unione e il ricorso al mandato europeo. In tutti questi casi la collaborazione fra le autorità giudiziarie statali e sovranazionali, l'esercizio di funzioni giurisdizionali in vista dell'osservanza del diritto europeo e il mandato nomofilattico dei giudici della Corte europea trovano nella comune accettazione dei principi di *rule of law* ragione di tranquillità sull'affidabilità delle autorità giurisdizionali partecipanti all'esperienza collettiva. E se lo stesso va detto per la tutela e garanzia della partecipazione alla vita transnazionale dell'Unione da parte dei cittadini degli Stati membri, altrettanto va detto per la partecipazione dei cittadini degli Stati membri della CEDU a quella più stretta unione fra questi cui accenna il preambolo della Convenzione. Vi è effettivamente il rischio che prendendo le mosse dall'infelice mossa del nostro Parlamento a proposito del protocollo n. 16 si avvii un processo di sgretolamento di rapporti sin qui costruiti con molta fatica e fra grandi difficoltà.

Come già si è detto, presentare queste scelte come un recupero della sovranità della Repubblica italiana è una dimostrazione di ingenuità istituzionale nella misura in cui rivela scarsa consapevolezza del fatto che la sovranità di uno Stato è sempre un concetto liminale situabile al confine fra fatto e diritto, giacché delinea l'arco dei poteri giuridici di uno Stato nell'orbita della situazione di fatto che caratterizza i rapporti di quello Stato sul fronte esterno. Così come non si può pretendere che la costituzione nazionale ponga, essa sola esclusivamente, rimedio ai pericoli che alla tutela delle persone derivano dal fenomeno della globalizzazione, così non è credibile che soltanto astenendosi dall'intrattenere rapporti con autorità giurisdizionali sovranazionali uno Stato possa godere di quella sovranità di cui favoleggiano quanti chiudono gli occhi dinanzi alla complessità della odierna realtà sovranazionale. Se entrando in un consorzio come quello europeo uno Stato vede compensato il ridimensionamento dei suoi poteri con quelli che acquisisce in virtù della partecipazione su un piede paritario agli organi di governo di quel consorzio, altrettanto si può dire per il coinvolgimento degli organi giudiziari nazionali in quel fenomeno che ancora non si è trovato modo di definire meglio che parlando di dialogo fra giudici.

[1] Questo contributo trae ispirazione da vari interventi susseguitisi negli ultimi due anni sul tema della ratifica dei protocolli nn. 15 e 16 della CEDU specialmente nei siti *Giustizia insieme, Federalismi.it, Diritti fondamentali.it, Sistema penale.* Per evitare un appesantimento del testo

sono state evitate citazioni e riferimenti in nota di quei singoli scritti individuali, del resto facilmente identificabili nelle argomentazioni qui sviluppate.