

CHI HA PAURA DEL PROCOLLO 16 – E PERCHÉ?

di Roberto Conti

SOMMARIO: 1. Il (commendevole) metodo di ascolto delle Commissioni Giustizia e Affari esteri. – 2. Affiorano le paure sulla ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 16. – 3. Perché non persuadono le paure. – 4. La Corte costituzionale non ha paura del Protocollo n. 16. – 5. Perché è utile la ratifica del Protocollo n. 16. – 6. Tornando alle paure... – 7. A mo' di conclusioni.

1. Il (commendevole) metodo di ascolto delle Commissioni Giustizia e Affari esteri.

Le Commissioni Giustizia e Affari esteri della Camera hanno intrapreso un'attività di consultazione che ruota attorno ai progetti di legge di ratifica ed esecuzione dei Protocolli nn.15 e 16 annessi alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Si daranno qui per noti i contenuti dei documenti appena indicati e la situazione relativa allo stato delle ratifiche, in dipendenza delle quali il Protocollo n.15 non è ad oggi efficace per nessuno dei 47 Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, occorrendo l'unanimità delle ratifiche – fin qui giunta da 45 Paesi –, mentre il Protocollo n. 16 è già entrato in vigore, avendo superato le dieci ratifiche necessarie.

L'Italia ha dunque messo in agenda i due provvedimenti e ha già disposto l'audizione di diversi esponenti dell'Accademia e dell'Avvocatura, provvedendo altresì ad audire il giudice Raffaele Sabato, che in atto siede alla Corte di Strasburgo come membro designato dall'Italia in sostituzione del Presidente Raimondi, ed il giudice Vladimiro Zagrebelsky che aveva preceduto il novennato di Raimondi.

Ho dunque accolto con piacere la richiesta giunta dalla Rivista *Sistema penale* a riflettere sulla vicenda che riguarda le due ratifiche, pur soffermando il presente intervento al Protocollo n. 16.

L'invito è stato ancor più gradito perché consente da un lato di inviare un forte augurio di buon lavoro a chi anima *Sistema penale* e, per altro verso, poiché seguendo la pubblicazione sulla stessa rivista dell'intervento che il Prof. Massimo Luciani ha svolto nel corso dell'audizione, sul quale non sento di potere convergere, consente di realizzare e praticare il metodo del dialogo costruttivo anche a distanza, fuori da toni avvelenati che a volte non mancano anche nel confronto fra giuristi.

Scorrendo velocemente le audizioni fin qui svolte – senza tralasciare gli interventi dei deputati componenti della Commissione parlamentare – si ha la netta sensazione che i tecnici interpellati abbiano espresso riserve di vario genere sull'opportunità di procedere alle ratifiche, fondate su argomenti di diverso rilievo.

2. Affiorano le paure sulla ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 16.

Dunque, chi ha paura del Protocollo e perché, riprendendo uno stimolante quesito che il Prof. Agatino Cariola ha svolto nel corso di una delle audizioni?

A me pare che queste paure affondino le loro radici nell'insofferenza verso un sistema che sta profondamente cambiando il diritto, spostando il baricentro da ciò che per secoli è apparso incarnare il concetto stesso di diritto e che ha visto, nella nostra tradizione giuridica, deificato il dato legislativo come luogo eccelso e unico, capace di produrre e rappresentare *ab externo* l'essenza del diritto proprio per i canoni di certezza e prevedibilità che esso è in grado di fornire, guardando con netto disfavore al ruolo degli altri soggetti che pure giocano un ruolo quando si discute dei diritti.

Questo sfavore colpisce sicuramente la giustizia, tanto comune che – con rime variegata e a fisarmonica, come si avrà modo di spiegare nel prosieguo – costituzionale.

I recenti interventi, su *Quaderni costituzionali*, di Andrea Morrone – *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*¹ – e Roberto Bin – *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone* – sono estremamente chiari, pure sulla base di prospettive apparentemente tra loro divergenti, nell'individuare i tratti di un *suprematismo giudiziario* che si muoverebbe ben oltre la Costituzione e che è pure aleggiato in qualcuna delle audizioni come male da reprimere, contenere, arginare o addirittura eliminare. Addirittura Bin mi attribuisce il ruolo di coautore – insieme al Prof. Ruggeri² – di un manifesto eversivo, destinato a scavalcare il parametro costituzionale dell'art.101 Cost. Si tratterebbe di un'operazione fortemente ideologica che troverebbe conferma in un certo numero di pronunzie dei giudici comuni, innaturalmente rivolte a modificare i rapporti legge e interpretazione, operando uno slittamento eversivo dal piano delle fonti a quello dei valori.

Ma è anche – e forse soprattutto – sfavore per il peso ed il ruolo progressivamente assunto dal diritto di matrice sovranazionale e per l'influenza, innaturale, che le giurisdizioni chiamate ad interpretare quello stesso diritto giocherebbero proprio sui giudici interni.

Si tratterebbe di sistemi che mettono in discussione il primato della Costituzione e della Corte costituzionale e, in una parola, la sovranità dello Stato.

Sarebbe proprio la Corte costituzionale a costituire l'argine al dilagare di influenze esterne al diritto formato in via democratica dai Parlamenti che troverebbero nel Protocollo n. 16 un ulteriore terribile e pericolosa conferma, esso provocando una lesione della sovranità statale, talvolta incarnata, non è dato sapere con quanta convinzione, nel principio del libero convincimento del giudice (aggredito dalla forza *sostanzialmente* vincolante del parere reso in sede di richiesta consultiva dalle Alte Corti nazionali).

¹ In *Quaderni costituzionali*, giugno 2019, 251.

² V., sui seguiti di tale confronto A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consultaonline*, 2019, f. 3, 16 dicembre 2019, 713 e 714 in note 26 e 30.

3. Perché non persuadono le paure.

Questa posizione, che fa da sfondo a numerosi interventi dei tecnici auditi dalla Commissioni riunite della Camera, guarda tuttavia solo ad una faccia della Corte costituzionale ed in particolare quando essa si dissocia dalle posizioni dei giudici europei. In questa direzione si è evocata spesso la saga *Taricco* per dimostrare la capacità catafratta del giudice delle leggi interne (M. Luciani). E nella medesima prospettiva si è pure richiamata la posizione espressa dalla Corte costituzionale nel famoso *obiter* contenuto nella sentenza n.269/2017, a proposito dei rapporti fra giudizio di costituzionalità e questione che involge la violazione di un diritto protetto anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La riconquistata centralità del ruolo del giudice costituzionale rispetto a quella del giudice comune – legato a doppio filo alla Corte di Giustizia soprattutto per il tramite della possibilità di attivare il rinvio pregiudiziale – recherebbe con sé il primato della Costituzione sulle altre Carte ed il predominio – anche assiologico – della prima sulla seconda. In questa prospettiva l'argine sarebbe rappresentato dalla Corte costituzionale.

Viene invece tralasciato, inspiegabilmente, il volto dialogante del giudice costituzionale con i giudici sovranazionali – e perciò sgradito a quella stessa dottrina di cui sopra si diceva –.

Dunque si inneggia alla Corte costituzionale quando mette in riga il giudice comune per incunarsi nella saldatura che esso avrebbe creato con i giudici europei e in definitiva per prospettare la lesione di prerogative da parte della Corte di Strasburgo.

Ma al tempo stesso da quegli stessi autorevoli ambienti si guarda con sfavore – a volte espresso *en passant*, a volte lasciato intendere fra le righe, altre sottovalutandolo, quasi a volerne dimostrare l'accidentalità – più o meno espresso alla Corte costituzionale quando essa supera il guado, quando nelle sue pronunzie dialoga o si allinea alla giurisprudenza sovranazionale – magari facendo uso della tecnica dell'assorbimento (v. caso Cappato e sent. n. 254/2019) – quando si “sostituisce” al legislatore inerte e si allea con le giurisdizioni sovranazionali, scavalcandolo e saldandosi – essa – con principi di natura ancora una volta sovranazionale per tutelare diritti che non trovano esplicito riconoscimento nel sistema normativo propugnato dal Parlamento.

Una Corte costituzionale che piace, dunque, quando comprime l'attivismo dei giudici comuni che si orientano verso quelli sovranazionali e piace meno quando risulta essere “agente” delle giurisdizioni sovranazionali e delle Carte o quando comprime il potere legislativo, aborrendo gli automatismi in nome di un'esigenza suprema di personalizzazione delle conseguenze penali incidenti sulla persona³ che, fermo il principio di legalità, contesta recisamente la rigidità dell'effetto automatico e la sua conciliabilità con l'aderenza della misura della pena o del provvedimento restrittivo alla

³ V, in ambito penale, V. CAIANIELLO, *Il Prot. 16 e la giurisdizione penale. Tra spinte verso una maggiore integrazione e pulsioni autonomiste*, in in *La richiesta di pareri preventivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, a cura di E. Lamarque, Milano, 2015, 49.

concreta situazione, oggettiva e soggettiva, emergente dal caso sottoposto alla valutazione del giudice⁴.

Si pensi alla recente vicenda del c.d. ergastolo ostativo ed alla sentenza n.253/2019 della Corte costituzionale. Essa formalmente non ha attinto alle conclusioni della sentenza della Corte edu *Viola c. Italia* che, nondimeno, ha costituito il punto più traumatico fra legislazione interna e diritti fondamentali sulla medesima questione.

Ancora, una Corte costituzionale che piace meno quando, arretrando rispetto all'*obiter* della sentenza n.269/2017, ha riaperto le porte al giudice comune in tema di disapplicazione diretta della norma interna contrastante con la Carta UE dei diritti fondamentali (Corte cost. nn. 20 e 63 del 2019), confermando un ruolo attivo e pienamente *costituzionale* del giudice comune⁵.

4. La Corte costituzionale non ha paura del Protocollo n. 16.

Ed è questo stesso volto della Corte costituzionale che nella ricostruzione operata dai soggetti che si oppongono all'approvazione del Protocollo n. 16 viene trasfigurato quando si dimentica, incredibilmente, di ricordare la posizione espressa dalle giurisdizioni superiori italiane, e della stessa Corte costituzionale, sull'approvazione del Protocollo n. 16 in occasione dell'incontro avuto presso la Consulta fra le Alte Corti nazionali e la Corte edu nel gennaio 2019.

Incontro nel corso del quale venne siglato il Protocollo d'intesa fra la Corte costituzionale e il giudice di Strasburgo⁶ all'esito della firma di analoghe intese, la prima delle quali siglata dalla Corte di Cassazione e dalla Corte edu il 13 dicembre 2015. Protocolli che, in un ambito di *soft law*, intesero anticipare il Protocollo n. 16, intensificando le forme di scambio e di cooperazione fra il giudice nazionale al quale l'ordinamento italiano affida la funzione nomofilattica e il giudice di Strasburgo⁷.

⁴ V., sul punto, le testuali espressioni di G. SILVESTRI, nel corso dell'intervista, a cura di chi scrive, resa su [Il giudice disobbediente nel terzo millennio](#), in *Giustizia insieme*, 5 giugno 2019.

⁵ V, volendo, R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2019.

⁶ V. S. LATTANZI, *Il dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane. A margine di un recente incontro di studio tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [forumcostituzionale.it](#), 30 gennaio 2019 – che, nella nota finale, sottolinea come il «Il Protocollo di intesa si inserisce nella Rete informale tra Corti supreme di cui abbiamo già parlato. Così come è stato per la Corte di Cassazione, anche per la Corte costituzionale questo rappresenta un canale propedeutico all'implementazione del Protocollo n. 16, in attesa che esso venga ratificato dall'Italia. In particolare il Protocollo di intesa dovrà in particolare prevedere lo svolgimento di "periodici incontri" tra i membri delle due Corti, anche congiuntamente con le altre Corti italiane, "su temi di comune interesse e di attualità"».

⁷ Al Protocollo d'intesa firmato dal Primo Presidente della Cassazione Santacroce e dal Presidente Raimondi ha fatto richiamo G. CANZIO nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2015*, 92 e G. RAIMONDI, nell'intervista a due voci con V. ZAGREBELSKY – curata da chi scrive – su *Giustizia insieme* su ["La Corte edu vista dai suoi giudici"](#). V., altresì, sul ruolo dei protocolli fra le Corti, A. Ruggeri, *Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, in *"itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti XX, studi dell'anno 2016*, Torino, 2017, 21.

Orbene, oggetto di quell'incontro fu soprattutto il Protocollo n. 16 e "...dalla discussione è emersa anzitutto la necessità che le Corti europee – in una fase storica di debolezza, in alcuni Paesi, dei diritti fondamentali – dialoghino tra loro per la piena tutela di questi diritti, anche assicurando l'armonizzazione delle rispettive giurisprudenze. A questo scopo è stata sottolineata l'urgenza dell'approvazione, da parte del Parlamento italiano, del Disegno di legge di ratifica e di attuazione del "Protocollo 16", che consente un effettivo dialogo con la Corte di Strasburgo attraverso la richiesta di pareri sulle questioni oggetto di giudizio nelle Corti italiane".

Ora, il virgolettato che si è appena riportato non costituisce l'estemporaneo ed accorato auspicio alla pronta ratifica del Protocollo n. 16 di chi scrive, ma semplicemente la riproduzione testuale del [comunicato stampa della Corte costituzionale reso l'11 gennaio 2019](#). Insomma, l'auspicio che il Protocollo n. 16 fosse prontamente approvato venne formulato da tutte le giurisdizioni coinvolte nell'incontro, *ivi compresa la Corte costituzionale*.

Ora, tale posizione è in grado di depotenziare in modo significativo lo scetticismo dei soggetti auditi sulla portata del Protocollo e sull'idea che esso possa in qualche modo vulnerare nell'ordine la sovranità interna, la Corte costituzionale, il principio del libero convincimento dei giudici, i poteri del legislatore a meno di pensare che quegli stessi Giudici che sono espressione di quelle funzioni sovrane siano talmente poco avvertiti da non percepire il pericolo nascente dalla ratifica ed esecuzione del Protocollo stesso e da assecondare l'aggressione proveniente da Strasburgo al sistema costituzionale dei poteri.

Ogni ulteriore commento sarebbe superfluo, a questo punto e queste note potrebbero finire qui.

5. Perché è utile la ratifica del Protocollo n. 16.

Ma è meglio esser prudenti ed ulteriormente approfondire i punti qui esaminati.

Si diceva della familiarità nel dialogare che ormai le Corti nazionali di ultima istanza hanno maturato a partire dall'anno 2015 attraverso la firma di protocolli di dialogo. Si tratta di esperienze alle quali non è stata dedicata alcuna attenzione da parte degli scettici sull'utilità del Protocollo n. 16, ancorché la dottrina non abbia mancato nel tempo di sottolinearne il rilievo e la funzione centrale nella prospettiva del dialogo⁸. Dialogo che ha prodotto numerosi frutti tangibili ed altri è destinato a generare, come si dirà in seguito⁹.

⁸ A. DI STASI, *Corte di Cassazione e Corti europee*, in A. DIDONE, F. DE SANTIS, *I processi civili in Cassazione*, Milano, 2018, 247 ss.; M. BARNABÒ, *L'Italia si unisce alla rete delle corti supreme a Strasburgo*, in *I diritti dell'uomo*, 3, 2015, 525; R. CONTI, *Protocolli d'intesa tra la Corte di Cassazione e la Corte dei diritti dell'uomo. Introduzione*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2, 2016, 103; E. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo a uso dei giudici italiani*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli 2016, 510; A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XX, *Studi dell'anno 2016*, 512.

⁹ V. volendo, R. CONTI, *Diritto all'anonimato versus diritto alla conoscenza delle origini dell'adottato*, in *Fattore tempo e diritti fondamentali, Corte di Cassazione e Cedu a confronto*, IPZS, 2017, 75, in cui si dà atto delle

Ora, a riprova della fecondità di queste forme di dialogo è opportuno rammentare la posizione di chi per lunghi anni ha svolto con autorevolezza indiscussa un ruolo apicale all'interno della Corte di Cassazione. Renato Rordorf ha ancora di recente testualmente riconosciuto, nell'intervista da chi scrive raccolta per *Giustizia Insieme* sul tema "[Diritti fondamentali e doveri del giudice di legittimità](#)" il ruolo del Protocollo, "...destinato a favorire la conoscenza da parte del giudice europeo delle specificità di ogni singolo ordinamento nazionale, facendo sì che la sua giurisprudenza riesca meglio ad esprimere la sintesi dei valori e dei principi fondamentali ai quali sono ispirati gli ordinamenti dei diversi paesi; e per altro verso consente alle corti nazionali di sentirsi partecipi del processo di elaborazione del diritto vivente sovranazionale e di avvertirlo come parte integrante del proprio patrimonio giuridico anziché come un corpo estraneo col quale faticosamente ed a malavoglia convivere".

Lo stesso Rordorf non mancò di sottolineare, nel medesimo contesto, che "...la strada dei protocolli d'intesa, percorsa ormai in diverse direzioni per migliorare l'interazione tra diversi soggetti ed istituzioni operanti nel mondo della giurisdizione, è suscettibile di ulteriori e più ampi sviluppi nel rapporto tra Corte di cassazione e Corti sovranazionali europee. È una strada lungo la quale mi sembra doveroso incamminarsi per cercare di sviluppare una visione più dialettica e meno autoritaria della funzione giurisdizionale: la sola che, in un'ottica di auspicabile ulteriore superamento delle tradizionali barriere nazionali, può davvero garantire una tutela diffusa ed omogenea dei diritti fondamentali¹⁰, ma rappresenta una risorsa da implementare ed alimentare sulla strada, sempre accidentata ma obbligata, dei diritti fondamentali."

Maria Gabriella Luccioli, nel corso della medesima intervista appena ricordata, non ha mancato di evidenziare che il Protocollo d'intesa del 2015 siglato fra Corte di Cassazione e Corte edu, inglobandosi all'interno della Rete delle Corti europee gestita dalla Corte di Strasburgo, "...ha assunto la posizione di crocevia tra diritto nazionale e sovranazionale. L'operatività dei richiamati strumenti ha comportato uno straordinario cambio di paradigma rispetto ad un passato non troppo lontano, del tutto chiuso in una prospettiva statalista, consentendo alla Cassazione di sentirsi parte attiva del processo di elaborazione del diritto vivente sovranazionale, ora percepito come parte del suo patrimonio giuridico. Ne deriva che la funzione nomofilattica si arricchisce di nuove potenzialità in direzione di una nomofilachia europea, in quanto il dovere di assicurare l'uniforme interpretazione della legge ai sensi dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario si declina ora anche in termini di garanzia dell'uniforme interpretazione della legge alla luce della CEDU, delle altre Carte dei diritti fondamentali e del diritto di matrice europea. Si passa così dal dialogo tra le Corti all'integrazione dei sistemi, perseguendo l'obiettivo della massima estensione possibile della tutela dei diritti, e segnatamente della tutela della dignità della persona, che in numerose decisioni della Corte Europea è assunta come principio immanente, immediatamente efficace ed inderogabile".

interlocuzioni fra le due Corti svolte sul tema del diritto alla conoscenza delle proprie origini, delle quali vi sono tracce nella successiva Cass.S.U. n.1946/2017.

¹⁰ V., altresì, R. RORDORF, [La Corte di Cassazione e la corte europea dei diritti umani](#), in *La Corte di cassazione e la Corte Edu*, Gli speciali di *Questione giustizia*, a cura di F. Buffa e M.G. Civinini, 2019,

Si tratta di affermazioni – provenienti da magistrati che hanno fatto la storia della giurisdizione italiana dell'ultimo ventennio – di particolare rilevanza poiché già con riguardo alle forme di dialogo anteriori al Protocollo n. 16 esse mostrano il ruolo propulsivo per la tutela dei diritti fondamentali svolto dal giudice nazionale, senza che ne esca in alcun modo scalfita l'autonomia e l'indipendenza del giudice nazionale, al contrario artefice in prima persona di una tutela dei diritti piena ed effettiva, svolta soprattutto in ambito nazionale ed all'interno del canone di sussidiarietà, fortemente implementato dalle possibilità di scambio e di confronto.

Ciò si realizza attraverso un mutamento del ruolo del giudice e non marginali *“cessioni di supremazia”* in favore delle Corti sovranazionali, alle quali fa per altro verso da contrappeso l'acquisizione di non indifferenti *“quote di sovranazionalità”* che contribuiscono ad avvicinare le Corti tutte, intersecandone in modo più deciso i compiti, gli sviluppi interpretativi e le soluzioni.

Ne consegue che la quotidiana opera di riconformazione, riparametrazione, riformulazione della giurisprudenza nazionale alle istanze provenienti dal diritto sovranazionale alla quale si assiste, mai unidirezionale ma, anzi, sempre più rivolta ad operazioni improntate a realizzare al meglio l'esercizio della giurisdizione ed il massimo appagamento dei diritti fondamentali rivitalizza il principio di sussidiarietà posto a base del sistema come integrato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel senso che esso attribuisce al giudice nazionale strumenti di dialogo di portata cruciale sulla strada della sempre maggiore, più efficace ed effettiva tutela dei diritti fondamentali.

La richiesta di parere preventivo delle Alte giurisdizioni interne alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo voluto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU si pone dunque sul cammino della sempre più efficace ed effettiva tutela dei diritti fondamentali.

Non si capisce, se si segue questa prospettiva, come la maggior durata del processo in relazione all'attivazione del meccanismo possa costituire remora all'attuazione del Protocollo in Italia, la stessa rappresentando tutto al contrario un'occasione imperdibile per offrire alla giurisdizione interna delle opinioni non vincolanti sull'interpretazione delle questioni di principio da parte della Corte edu, in tal modo consentendo al giudice nazionale un'attività destinata a ridurre le occasioni di conflitto fra giurisdizione nazionale e CEDU e soprattutto i costi che i privati devono sostenere per prospettare un ricorso a Strasburgo all'esito dell'esaurimento delle vie di ricorso interno.

Il tempo di durata del processo sarà dunque *“tempo di giustizia”* – parafrasando l'art.1 c.8 della l.n.219/2017 – e non, come pure prospettato nel corso di alcune delle audizioni, tempo perso incidente sulla ragionevole durata del processo. Il che ovviamente non vuol dire affatto che le Corti di ultima istanza debbano attrezzarsi per calibrare al meglio l'uso della richiesta di parere, come pure è stato prospettato in dottrina, magari concentrando innanzi alle Sezioni Unite il compito di interloquire con

la Corte ed concentrando nell'organo i "giudici supremi esperti in materia dei diritti fondamentali"¹¹.

6. Tornando alle paure...

Ecco, allora, delinearci i confini all'interno dei quali si colloca chi ha paura del Protocollo n. 16.

Chi si oppone al Protocollo non crede in alcun modo che il diritto possa alimentarsi da istanze che stanno "anche" al di fuori della sfera pubblica e di chi detiene il potere legislativo.

Al contrario, sono a favore del Protocollo coloro che pensano che esso si compone "anche" attraverso elementi che giungono *ab externo*.

Uno di questi fattori esterni è rappresentato dalla carnalità e fattualità del diritto, quella "fattualità dei nostri giorni, ... indocile, recalcitrante ad ogni irretimento, tanto più a una gabbia legislativa, che è per sua natura tarda e lenta a formarsi, che si sottrae a ogni variazione o che assorbe con difficoltà ogni variazione..." della quale a più riprese ha parlato il Presidente emerito della Corte costituzionale Paolo Grossi¹².

Tanto consente di valorizzare al massimo la dimensione concreta del diritto e, per essa, l'attività del giudice.

Quanto alla prima non può oggi disconoscersi che gli stessi cittadini partecipano, con le loro scelte e le loro iniziative giudiziarie, alla costruzione degli ordinamenti. L'approdo innanzi alle Corti di ultima istanza di una vicenda che presenta aspetti di sistema in quanto involge l'applicazione di principi provenienti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo consentirà dunque alle giurisdizioni superiori di dialogare con chi ha per legge il governo dell'interpretazione della CEDU e potrà così offrire risposta al dubbio interpretativo. Senza che ciò scalfisca di un millimetro l'autonomia

¹¹ S. CHIARLONI, *Il Protocollo 16 Cedu. Un passo ulteriore verso il governo dei giudici?*, in *La richiesta di pareri preventivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, a cura di E. Lamarque, Torino, 2015, 42. Sarebbe altresì auspicabile, per alimentare la partecipazione di tutte le sezioni della Corte, prevedere che la presenza di una questione di principio sull'interpretazione della CEDU da demandare all'esame della Grande Camera sotto forma di richiesta di parere preventivo possa essere segnalata da qualsiasi collegio della Cassazione al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite come questione di massima di particolare rilevanza. Ciò consentirebbe di regolare anche sul piano interno le "relazioni fra strumenti interni volti ad esaltare la *nomofilachia interna* e strumenti tesi a favorire la funzione di *nomofilachia europea* che pure appartiene alle Sezioni Unite della Cassazione – sul punto v., volendo, R. CONTI, [Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni](#), in *Consultaonline*, 2015, f. III, 7 dicembre 2015. Sulle modalità organizzative sottese all'entrata in vigore del Protocollo n. 16 abbiamo già provato a riflettere in R. CONTI, [Il parere preventivo della Corte Edu \(post-Prot. 16\) in tema di maternità surrogata](#), in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019. V. anche l'intervento reso dal Cons. F. DE STEFANO nel corso del convegno svolto presso la Corte costituzionale l'11 gennaio 2019, allo stato inedito, nonché M. LIPARI, [Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo](#), in *Federalismi*, 6.2.2019.

¹² P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi?*, in *Dir. soc.*, 2011, 1, 45 ed anche in *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, Roma/Bari, 2012, 77; F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, in *Persona e derecho*, 2018, 29.

del giudizio nazionale sui fatti stessi, sulla legge interna e su come questa debba coniugarsi con il diritto convenzionale.

Tutto questo, benché possa apparire eversivo al Prof. Bin, è agli antipodi della *giuristocrazia* o dell'*antidemocrazia*, né si è in presenza di un nuovo ordine mondiale ma, anzi, costituisce il tentativo concreto di ridurre il disordine prodotto da un diritto che si fa sempre più complesso per l'interazione e l'integrazione dei documenti che, tutti dotati di efficacia giuridica vincolante, riconoscono i diritti fondamentali¹³.

Dunque si tratta di realizzare un tentativo di pluralismo ordinato che vede negli strumenti di dialogo partecipato uno dei momenti più concreti ed essenziali per garantire la certezza dei diritti e la loro prevedibilità.

Pensare ad una Costituzione che non ha la primazia assoluta, non sia in sé e per sé perfetta, ma sia essa stessa porosa rispetto agli altri documenti di natura sostanzialmente costituzionale – quali la Carta UE dei diritti fondamentali (v., del resto, l'*obiter* di Corte cost. n. 269/2017) – e la stessa CEDU non vuol affatto dire modificare l'ordine giuridico in favore delle giurisdizioni – nazionali e non – depotenziando il ruolo del legislatore, ma al contrario operare nel rigoroso rispetto delle leggi volute dal Parlamento – fra le quali quella di ratifica della CEDU e, prima ancora, la Costituzione – per fornire risposte adeguate all'esigenza imperiosa di giustizia, all'interno di una *cornice di cooperazione* al cui interno si pongono tanti frammenti inscindibilmente funzionali a comporre un mosaico impossibile da definire senza l'apporto del legislatore, dei giudici, nazionali e sovranazionali e delle parti stesse.

Nessuna subalternità delle Corti interne rispetto alla Corte edu è sottesa al Protocollo n. 16 ma, tutto al contrario, capacità di esprimere il punto di vista del giudice nazionale dialogando direttamente con la Corte di Strasburgo, con la garanzia di potere offrire i propri punti di vista in fase ascendente e di decidere, in fase discendente, nel modo che si riterrà giusto e coerente rispetto alla vicenda concreta.

Si è detto che il giudice nazionale non avrebbe la forza di non adeguarsi alla giurisprudenza della Corte edu resa in sede di parere non vincolante. Ma l'esperienza insegna proprio il contrario, bastando all'uopo richiamare la vicenda che ha riguardato il primo parere reso dalla Grande Camera nel caso *Mennesson* nel quale l'Adunanza Plenaria della Cassazione francese ha reso una pronunzia che si è discostata dalle indicazioni rese nel parere, offrendo una tutela addirittura superiore a quella che sarebbe stata ipotizzabile applicando alla lettera il parere¹⁴. Dunque nessun pericolo di assottigliamento del libero convincimento del giudice nazionale, ma al contrario arricchimento delle possibilità di tutele dei cittadini attraverso l'uso accorto della richiesta di parere preventivo non vincolante.

D'altra parte, la Corte di Cassazione ha mostrato già da ora di sapere dissentire motivatamente dalle indicazioni fornite dalla Corte di Strasburgo bastando ricordare, a titolo esemplificativo, la vicenda *Conrada* e gli effetti che la stessa, secondo le Sezioni

¹³ F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, cit., 32.

¹⁴ V. sul punto R. RUSSO, *Il caso Mennesson, vent'anni dopo. divieto di maternità surrogata e interesse del minore. Nota a Arrêt n°648 du 4 octobre 2019 (10-19.053) – Cour de Cassation – Assemblée plénière*, in *Giustizia Insieme*, 20 novembre 2019.

Unite penali¹⁵, non è in grado di produrre sui c.d. fratelli minori. Una vicenda che, al di là della condivisibilità o meno del risultato finale – per il quale occorre attendere le motivazioni della sentenza, ancora non depositate – dimostra indiscutibilmente la piena maturità del giudice comune, escludendo ogni ipotesi di asservimento ideologico o di appiattimento alle pronunzie provenienti da Strasburgo, rispetto alle quali si sta diffondendo una capacità di analisi e sempre più qualificata.

Per altro verso, le preoccupazioni circa un’indebita equiparazione di effetti fra il rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia e quello disciplinato dal Protocollo 16, pur autorevolmente prospettate nel corso delle audizioni, non sembrano persuasive.

Risulta, infatti, in modo inequivoco dalle riflessioni dei Saggi – a suo tempo nominati dal Consiglio d’Europa – precedenti al varo del Protocollo che tale equiparazione venne espressamente esclusa proprio attribuendo carattere non obbligatorio alla richiesta di parere del giudice nazionale e natura non vincolante al successivo parere della Corte, alla quale è riconosciuta, peraltro, la possibilità di non dare corso alla richiesta di parere¹⁶. Ciò sembra consentire una lettura del Protocollo inidonea a pregiudicare le regole fissate dalle sentenze c.d. gemelle del 2007, né può marginalizzare il ruolo della Corte costituzionale, che dovrebbe essere anzi essa stessa a pieno titolo parte del medesimo meccanismo, pur risultando la formula espressa nell’articolato di ratifica poco precisa sul punto e meritevole di una attività di rielaborazione volta a chiarire in termini inequivoci detta possibilità. Il che non elimina certo l’esistenza di profili di complessità nei rapporti fra i due rinvii, prontamente evidenziati in dottrina¹⁷, semmai confermando la necessità di una verifica a Protocollo approvato del come modulare tale richiesta rispetto ai già esistenti strumenti di cooperazione fra giudici, nazionali e sovranazionali che siano.

Ancor meno persuasivi paiono i rilievi adombrati nel corso di alcune audizione a proposito della necessità di adottare il Protocollo 16 con legge costituzionale, non deponendo a favore di tale opzione né i contenuti del Trattato, non inclusivi di limitazioni di sovranità in ragione delle caratteristiche strutturali del procedimento e del contenuto del parere, né tanto meno la circostanza che la CEDU fu introdotta in Italia con legge ordinaria, rendendo pertanto incomprensibile l’opzione anzidetta rispetto ad una modifica aggiuntiva che ha sicuramente un’efficacia ridotta rispetto a quella prodotta dalle sentenze della Corte edu.

¹⁵ V. [L’informazione provvisoria delle SSUU sulla estensione della sentenza Contrada ai cd. “fratelli minori”: le sentenze della Corte EDU non è una “sentenza pilota” e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata](#), in [giurisprudenzapenale.com](#), 25 ottobre 2019.

¹⁶ V. Linee guida approvate dalla Corte edu il 18 settembre 2017 (accessibili [qui](#)) e, volendo, R. CONTI, [La richiesta di parere consultivo alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo XI CEDU ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea. Prove tecniche di nomofilachia europea](#), in [Consultaonline](#), e anche in [La richiesta di pareri preventivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali](#), cit., 97.

¹⁷ E. CANNIZZARO, [Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?](#), in [La richiesta di pareri preventivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali](#), cit., 79 ss.

Non sembra allora potersi dubitare che l'analisi del *come* si atteggerà lo strumento del parere preventivo non può essere fatta *in vitro*, ma richiederà l'esame *in vivo* della giurisprudenza che andrà formandosi nelle Corti nazionali – a proposito delle ipotesi di sovrapposizione della richiesta di parere preventivo con altri strumenti di dialogo fra le Corti (incidente di costituzionalità, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia) – e in quella di Strasburgo. Sarebbe dunque un errore pregiudicare il nostro Paese impedendo di fornire, attraverso i propri organi giurisdizionali, il proprio apporto a questo dialogo che si prospetta già come effettivo per i Paesi che hanno reso esecutivo il protocollo¹⁸. Anzi, è assai significativo come la Corte edu, nella decisione resa da una sua sezione il 19 novembre 2019 – ric.n. 1462/18 e 17348/18, *C. e E. c. Francia* – abbia già dimostrato di considerare il parere reso nel ricordato caso *Mennesson* come dotato di caratteristiche analoghe a quelle della sua giurisprudenza resa all'esito dei ricorsi ordinari – cfr. § n. 38 ss. dec. cit. –. Circostanze che confermano ancora di più la necessità di non rimanere esclusi dal circuito comunicativo voluto dal Protocollo n. 16, destinato a ripercuotersi sui rapporti fra CEDU e ordinamenti interni.

Nemmeno persuasive appaiono le preoccupazioni correlate al fatto che il Protocollo n. 16 non è stato ratificato da molti dei Paesi aderenti al Consiglio d'Europa. La stessa scelta di abbassare l'asticella rispetto all'entrata in vigore del Protocollo n. 16 – dieci adesioni – a fronte dell'unanimità di adesioni richiesta per il Protocollo n. 16 dimostra già a monte come l'utilità di tale strumento, sulla quale si è qui insistito adeguatamente, non sia stata considerata tale da molti dei Paesi contraenti. Ciò che non ha impedito a tutti i Paesi aderenti di prevedere l'introduzione del Protocollo lasciando ai singoli Paesi la possibilità di decidere senza però pregiudicare l'entrata in vigore dello stesso Protocollo. La posizione attendista suggerita da alcuni tecnici auditi non sembra dunque persuasiva, se solo si consideri che è prevedibile la mancata ratifica di quei Paesi che si mostrarono non entusiasti dal Protocollo già al momento della sua firma.

7. A mo' di conclusioni.

Tirando le fila del discorso e riprendendo lo spunto della domanda che ha intitolato queste riflessioni, il pensiero ritorna all'immagine biblica dei babelici che nella edificazione della Torre avevano pensato di realizzare la propria impresa e la loro sfida a Dio escludendo la possibilità di lingue differenti e dunque radunandosi attorno a un principio forte di identità: “un solo popolo” e “una sola lingua”¹⁹.

Oggi chi ha paura del Protocollo si raduna attorno ad un'idea fortemente identitaria, pensando di eliminare le diversità con l'affermazione di un solo diritto, una sola Costituzione, un solo giudice.

¹⁸ Abbiamo espresso tale auspicio nelle conclusioni all'intervista resa G. RAIMONDI e V. ZAGREBELSKY, già richiamata alla nota 5, su *La Corte edu vista dai suoi giudici*.

¹⁹ M. RECALCATI, *La Torre di Babele simbolo eterno dell'antipolitica*, *La Repubblica*, 12 giugno 2016 e, più di recente, ID., *Il gesto di Caino, Lezioni magistrali*, Carpi, 13 settembre 2019, visionabile a questo [link](#).

Non fa invece paura, il Protocollo, a chi è convinto che il diritto nasca dalla composizione delle diversità, dal confronto, dalle traduzioni dei linguaggi diversi provenienti anche da diverse “lingue giuridiche”²⁰.

Non fa paura, ancora, a chi crede che proprio nel confronto e nella fatica della ricomposizione fra le diversità, ove esistenti, stia il sale del diritto nella dimensione concreta e stia dunque la democrazia dei giorni nostri.

Una Costituzione che, così, scende dalla Torre di Babele e si mostra porosa, aperta, capace di arricchirsi dei materiali costituzionali posti al di fuori di essa, ma che partecipano della medesima natura costituzionale.

Il Protocollo non fa paura a chi ha come stella polare l’idea di un diritto che si compone, dunque, della legge e della sua applicazione e attuazione nel caso concreto.

Un’idea nella quale anche il singolo, si fa costruttore del diritto, partecipe della realizzazione di ciò che è diritto.

Un diritto che, dunque, è in continua evoluzione, nel quale fatto e diritto non riescono più nettamente a distinguersi ma si fondono armonicamente nella ricerca di un *ius litigatoris* che è anche *ius constitutionis*.

Un diritto fatto di complessità²¹ e problematicità proprio perché si alimenta incessantemente di materiali provenienti non soltanto dall’interno ma anche dall’esterno. Piace dunque, il Protocollo n. 16 a chi si oppone ad ogni idea di totalitarismo, di diritto uno e primo rispetto a ciò che, stando fuori dai confini, costituirebbe sempre e comunque attacco alla sovranità e che, invece, è democrazia, è ricerca della composizione.

Non piace il Protocollo n. 16 a chi non si accorge che le diversità non si appianano eliminandole, ma, come si diceva, attraverso la fatica della ricomposizione delle stesse.

In questa prospettiva, il dialogo fra le Corti che il Protocollo n. 16 intende realizzare ed incentivare costituisce uno strumento di straordinaria rilevanza, del quale non bisogna avere paura, a meno di acconciarsi a prospettive sovraniste che lascerebbero peraltro fuori il nostro Paese da un dialogo fra altri plessi giurisdizionali senza potervi contribuire con la propria tradizione costituzionale e con il proprio patrimonio culturale e giuridico.

Il Parlamento ha dunque una possibilità straordinaria di mettersi dalla parte dei diritti dei cittadini, dei più deboli, di quelli che non possono permettersi di arrivare a Strasburgo e di sostenere i costi ulteriori di un processo già definito sul piano interno e che hanno dunque bisogno di essere sostenuti dallo Stato. Uno che assume qui il volto della giurisdizione che coopera con quello del legislatore, unitariamente rivolto a salvaguardare i diritti fondamentali delle persone.

Se questo dialogo sotto il paradigma del Protocollo n. 16 non dovesse decollare per una comunque legittima scelta parlamentare, saranno le Corti a continuare

²⁰ A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all’adesione dell’Unione alla CEDU e all’entrata in vigore del prot. 16)*, in www.diritticomparati.it, 3 febbraio 2014, e in www.rivistaaic.it, 1/2014 (7 febbraio 2014).

²¹ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in AA.VV., *Oltre il «positivismo giuridico». In onore di Angelo Falzea*, a cura di P. Sirena, Napoli, 2012, 3 ss.

incessantemente il dialogo intrecciato sulla base dei Protocolli d'intesa già ben sedimentati²², al cui interno cominciano a prospettarsi nuove opportunità di diffusione della cultura dei diritti fondamentali.

In questo contesto si iscrive la decisione, *in itinere*, del CSM di diffondere a tutti i magistrati italiani i *report* che il Gruppo di attuazione del Protocollo d'intesa concluso fra Corte di Cassazione e Corte edu dedica alle novità giurisprudenziali della Cassazione e della Corte edu, unitamente ad altro materiale proveniente dalla Corte di Strasburgo²³.

Non resta, dunque, che attendere il nuovo anno per capire quale sarà la “via del dialogo” fra le Corti volta a rendere sempre più concreta la tutela dei diritti.

²² R. CONTI, [Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili](#), in *Questione giustizia*, 29 gennaio 2019.

²³ Le audizioni disposte dalla Nona Commissione del CSM a partire dal 10 aprile 2019 con la Cassazione e la Corte edu hanno condotto ai proficui recenti sviluppi, grazie all'impulso dei Presidenti che si sono succeduti – F. Donati e C. Grillo – ed alla cooperazione delle altre Alte Corti che hanno stilato analoghi Protocolli con la Corte edu.