

ENZO CANNIZZARO

## LA CORNICE EUROPEA (\*)

1. Considerazioni introduttive: la tutela dei diritti e la rivoluzione post-vestfaliana nel diritto internazionale. — 2. Due categorie di diritti transnazionali: la Convenzione europea dei diritti umani e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. — 3. Il coordinamento fra sistemi concorrenti di tutela. — 4. La qualificazione delle nozioni che definiscono un diritto fondamentale. — 5. Il problema delle qualificazioni nell'applicazione della Carta dei diritti fondamentali. — 6. Il problema delle qualificazioni nei processi di attuazione della Convenzione europea. — 7. Conclusioni.

1. Questo breve scritto intende formulare qualche considerazione che possa contribuire all'elaborazione di una teoria generale dei diritti transnazionali, vale a dire dei diritti che scaturiscono da una fonte di diritto internazionale e che sono destinati, per propria vocazione, a produrre effetti negli ordinamenti nazionali.

La produzione di diritti individuali ad opera di fonti esterne all'ordinamento nazionale, talvolta sovraordinate rispetto a quelle nazionali, non è un fenomeno nuovo. Si tratta, anzi, di un fenomeno ormai familiare agli operatori del diritto interno. Non tutti i problemi connessi a tale fenomeno sono stati però completamente definiti, in dottrina così come in giurisprudenza. Proprio la mancata definizione dei problemi, prima ancora della loro soluzione, è all'origine di un'ampia serie di conflitti, grandi e piccoli, fra norme che, pur avendo diversa origine, siano egualmente tese alla tutela dei diritti individuali.

Nella prima parte si cercherà di definire, in termini evidentemente sintetici, il quadro giuridico generale della tutela transnazionale dei diritti individuali. Nella seconda parte si cercherà di identificare uno fra i tanti problemi riscontrabili in questo contesto, concernente la determinazione del significato delle norme esterne nell'ambito degli ordinamenti interni. Si tratta di uno dei nodi fondamentali di questa materia, il quale rileva in maniera accentuata proprio per i cultori del diritto penale e della procedura penale.

In via preliminare, però, è opportuno formulare qualche considera-

(\*) La Dr. Aurora Rasi, quale coautore, ha curato la stesura dei par. 2, 3, 4 e 5.

zione di carattere sistematico, relativa alla crescente rilevanza della tutela transnazionale dei diritti nell'assetto costituzionale dello Stato moderno. È tesi largamente diffusa nel pensiero costituzionalista che lo Stato ha, fra le proprie funzioni principali, quella di garantire i diritti fondamentali degli individui che formano la comunità da esso governata. In alcune espressioni dottrinali, in tale esigenza risiederebbe la stessa ragione d'essere del potere sovrano (1).

Sia pure in termini più moderati, uno sviluppo analogo ha interessato altresì l'ordinamento internazionale. Come è noto, nel modello vestfaliano del diritto internazionale, fondato sull'eguaglianza sovrana degli Stati *superiorem non recognoscentes*, non vi era alcuno spazio per la tutela dei diritti individuali. In questa classica prospettiva, l'ordinamento internazionale era concepito alla stregua di un ordinamento a forte impronta privatista, avente come funzione pressoché unica la composizione degli interessi egoistici dei vari Stati. Tale paradigma ha quindi governato per secoli i comportamenti degli Stati, visti come unità di base dell'ordinamento internazionale, monadi autosufficienti e chiuse verso l'esterno, limitate soltanto, nei loro poteri sovrani, dagli obblighi reciprocamente assunti.

È solo nella seconda metà del secolo scorso che il sistema internazionale ha subito uno sviluppo decisivo grazie al riconoscimento di alcuni valori collettivi, la cui protezione costituisce interesse della comunità nel suo insieme. Tra questi, vi è senz'altro la condanna e la prevenzione dei più gravi crimini internazionali, ossia delle condotte più fortemente lesive dei diritti fondamentali. Senza ripercorrere in questa sede la storia del diritto internazionale, basti ricordare che è in quel periodo che veniva istituito il Tribunale di Norimberga, al quale veniva affidato il compito di celebrare il primo processo internazionale per crimini di guerra e crimini contro l'umanità (2). È peraltro nello stesso periodo che venivano adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (3). Solo in questo momento, dunque, l'autorità del diritto internazionale si dotava di valori comuni fra i quali, principal-

(1) V., per tutti, G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 3 ss.; Id., *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005.

(2) Si veda l'Accordo di Londra del 8 agosto 1945, ossia l'*Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal*. Taluni tentativi di realizzare un processo internazionale per crimini internazionali, tra cui il celeberrimo tentativo di processare il Kaiser Guglielmo II, sono peraltro stati compiuti anche dopo la prima guerra mondiale. Cfr. W. A. SCHABAS, *The Trial of the Kaiser*, Oxford: Oxford University Press, 2018, e le fonti ivi citate.

(3) Ci si riferisce, com'è noto, alla *Universal Declaration of Human Rights* adottata con risoluzione dell'Assemblea generale A/RES/217 (III) A del 10 dicembre 1948 ed alla

mente, la garanzia dei diritti fondamentali degli individui, i quali andavano protetti anche, e soprattutto, nei confronti degli Stati di cui essi fossero cittadini.

La descrizione di tale processo, controverso sia dal punto di vista storico-fattuale che da quello teorico-dottrinale, fuoriesce, evidentemente, dall'ambito del presente studio. A tal fine, conviene solo indicare come il rispetto dei diritti fondamentali sia, oggi, assicurato da una pluralità di fonti internazionali ed europee, le quali si rivolgono direttamente agli individui ponendo posizioni soggettive che gli Stati hanno l'obbligo di rispettare. In corrispondenza a tali posizioni soggettive, le medesime fonti stabiliscono altresì dei meccanismi giurisdizionali di verifica del loro rispetto, il cui accesso è assicurato anche agli stessi individui.

2. L'esigenza di proteggere i diritti umani attraverso norme esterne agli ordinamenti statali appare particolarmente accentuata nel teatro regionale europeo, all'interno del quale possiamo distinguere due modelli di protezione: quello internazionalista, proprio della Convenzione europea dei diritti umani; quello federalista, proprio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tali modelli sono caratterizzati da marcate differenze.

Una prima differenza risiede nella struttura dell'obbligo.

Il modello della Convenzione europea, di carattere internazionalista, impone agli Stati un obbligo di risultato: gli Stati membri della Convenzione hanno l'obbligo di non violare i diritti che questa assicura agli individui. Di converso la Convenzione, per lo meno nel suo assetto originario, non pone agli Stati membri un obbligo di conformità normativa. In linea di principio, la mancata conformità normativa dell'ordinamento statale rispetto alla Convenzione non produce, di per sé, una violazione della Convenzione stessa. Ciò, beninteso, a condizione che i diritti fondamentali siano effettivamente rispettati (4).

Ben più sofisticato appare l'altro modello, di carattere federalista, realizzato paradigmaticamente nell'ambito dell'Unione europea.

Secondo la ricostruzione affermata già dalla Corte di giustizia nei primi anni di vita dell'Unione, i Trattati istitutivi hanno dato vita ad un

*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* adottata con risoluzione dell'Assemblea generale A/RES/3/260 del 9 dicembre 1948.

(4) Questo paradigma giuridico emerge ancora oggi da una interpretazione testuale della Convenzione. Esso ha peraltro subito una certa evoluzione sotto la spinta della giurisprudenza, che ha ritenuto in termini vieppiù generosi di poter rilevare una violazione della Convenzione in relazione ad una difformità della legislazione di uno Stato membro. Un esempio è dato dalla nota sentenza della Corte europea dei diritti umani nel caso *Cestaro c. Italia*, sentenza del 7 aprile 2015, ricorso n. 6884/11. Non è mutato, tuttavia, il principio residuale sul quale si fonda il rapporto fra la Convenzione e gli ordinamenti degli Stati parte: quello che dà rilievo all'effettività dei diritti convenzionali, e non all'astratta conformità normativa degli ordinamenti interni rispetto alla Convenzione.

nuovo ordinamento giuridico che include in sé, alla stregua di sue componenti, gli ordinamenti degli Stati membri (5). Per tale motivo le fonti europee, incluse quindi quelle che producono diritti fondamentali, sono a certe condizioni abilitate a produrre effetti normativi in tali ordinamenti.

Nel caso della Carta dei diritti fondamentali, è noto come il suo art. 51 indichi, al par. 2, che essa si applichi a tutte le norme europee nonché alle norme nazionali che ricadano nell'ambito di applicazione del diritto europeo (6).

Rispetto al diritto degli Stati membri, quindi, la determinazione dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali ha carattere esclusivamente funzionale. La Carta si applica a qualsiasi norma nazionale che contribuisca, "direttamente o indirettamente, in atto o in potenza" (7), al processo di attuazione di una norma europea.

Ne consegue che alle norme che stabiliscono i diritti fondamentali tutelati nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea pertiene una sfera di applicazione ben diversa da quella che pertiene alle norme che stabiliscono i diritti tutelati dalla Convenzione europea. Mentre le prime

(5) Il riferimento è alla celebre sentenza *Van Gend en Loos* (Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, pag. 23), che vale la pena riportare per esteso: l'ordinamento europeo "costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. Pertanto il diritto (europeo), indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contro-partita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni europee".

(6) Cfr. Corte di giustizia [GC], sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, par. 21-22: "dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, non possono [...] esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta. Ove, per contro, una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza". Per un approfondimento della giurisprudenza recente sul tema si rinvia a A. RASI, *Effetti indiretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, in *European Papers — European Forum, Insight* del 31 luglio 2019, visionabile in <http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/effetti-indiretti-della-carta-dei-diritti-fondamentali-sentenza-commissione-polonia> (ultima visita il 26 settembre 2019), ed alle fonti ivi citate.

(7) L'espressione fra virgolette è un chiaro riferimento al par. 5 della celebre sentenza *Dassonville*, emessa dalla Corte di giustizia in data 11 luglio 1974 nella causa 8/74. Essa non concerne la sfera di applicazione dei diritti fondamentali, bensì la sfera di applicazione della nozione di misure aventi effetto equivalente ad una restrizione quantitativa agli scambi commerciali. Tuttavia, essa sembra evocare le peculiarità, e le conseguenti complessità tecniche e teoriche, della determinazione puramente funzionale dell'ambito di applicazione di una nozione transnazionale.

si applicano, come si è appena detto, nei soli rapporti giuridici che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto europeo, la Convenzione europea si applica a qualsiasi manifestazione di potere pubblico nell'ambito degli Stati parte, sia essa una norma o una condotta materiale, a condizione che la sua esistenza comporti una violazione dei diritti convenzionali.

Una seconda conseguenza tra i due modelli interessa gli effetti prodotti dalle norme esterne sulle norme interne.

Coerentemente con il modello internazionalista, la Convenzione non stabilisce l'obbligo per gli Stati parte di consentire alle disposizioni convenzionali di spiegare effetti normativi nei rispettivi ordinamenti nazionali. Ancor meno, essa contiene obblighi relativi al trattamento interno delle norme convenzionali o ai rapporti fra esse e la restante normativa domestica. Peraltro, solo recentemente la giurisprudenza della Corte europea ha identificato taluni meccanismi di attuazione delle proprie sentenze, quali le misure individuali e generali, o le sentenze pilota. Tali meccanismi, privi peraltro di un espresso fondamento nella Convenzione, non arrivano certamente ad imporre un modello di rapporti fra la normativa interna e quella convenzionale (8).

Il secondo modello, fatto proprio dalla Carta, è più complesso. Come tutte le norme appartenenti all'ordinamento dell'Unione, anche le norme della Carta dei diritti fondamentali sono parte integrante degli ordinamenti nazionali. In particolare, esse determinano un parametro di validità per la normativa nazionale che ricada nell'ambito di applicazione del diritto europeo. Di converso esse non producono, per lo meno non in maniera in-mediata, quel particolare effetto consistente nell'obbligo di disapplicazione della normativa interna confliggente, che è tradizionalmente conseguenza del c.d. effetto diretto.

A prima vista, la negazione di effetti diretti prodotti dalle norme della Carta potrebbe apparire dirompente. Essa evoca l'idea, appartenente ad un passato ormai lontano, che le norme che tutelano i diritti fondamentali abbiano carattere meramente programmatico. Una valutazione tecnica, tuttavia, vale a dissipare tale impressione.

Come è noto, le norme dell'Unione che tutelano i diritti fondamentali, ed in particolare quelle della Carta dei diritti fondamentali, non sono espressione di una competenza dell'Unione. Esse, invece, fungono da limite per le norme europee, nonché per le norme nazionali che operino nell'ambito di applicazione delle norme europee. Ciò significa, in altre parole, che le Istituzioni dell'Unione sono libere di stabilire il contenuto delle norme europee con il limite dato dal rispetto delle norme poste dalla

(8) Per un approfondimento, si rinvia a E. CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, 23 ss.

Carta. Similmente gli Stati membri, allorché agiscano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e fungano dunque da "operatori" dell'Unione, sono liberi di stabilire il contenuto delle norme da loro emanate fintantoché queste non si pongano in conflitto con la Carta e con le norme europee che a quest'ultima diano attuazione.

Ne consegue che la normativa interna contraria alla Carta dei diritti fondamentali potrà essere disapplicata dal giudice nazionale solo allorché essa ricada nell'ambito di applicazione del diritto europeo e, in particolare, solo allorché tale norma abbia la funzione di attuare, fosse anche in via strumentale, una norma europea avente effetti diretti. Ciò equivale a dire che il rapporto fra le norme della Carta ed il diritto nazionale non potrebbe configurarsi come un rapporto binario. Invero, esso è necessariamente mediato da un'altra norma europea, la quale sia espressione di una competenza effettivamente assegnata all'Unione, che sussuma la normativa statale nell'ambito di applicazione del diritto europeo <sup>(9)</sup>.

Una terza differenza tra il modello internazionalista e quello federalista concerne le modalità mediante le quali le due categorie di diritti operano negli ordinamenti nazionali.

Come si è detto la Convenzione europea, per lo meno nell'assetto normativo originario, non impone agli Stati parte di assicurare che il proprio ordinamento sia conforme ai diritti convenzionali, ma soltanto che, de facto, tali diritti siano rispettati. La giurisprudenza della Corte europea tende, tuttavia, ad attenuare questo carattere internazionalista. È evidente, infatti, che una perfetta conformità normativa degli ordinamenti interni rispetto alla Convenzione diminuirebbe grandemente i casi di violazione, in quanto l'ordinamento interno diventerebbe un vero e proprio strumento di garanzia dei diritti convenzionali. Tuttavia, l'impostazione "internazionalista" della Convenzione non è venuta meno e, in particolare, si riflette nell'assenza di uno strumento di verifica della conformità "astratta" di una legge rispetto al sistema dei diritti convenzionali <sup>(10)</sup>.

Di converso, nel sistema di tutela disposto nell'ambito dell'Unione, gli Stati membri devono proprio assicurare che il loro ordinamento, nella parte in cui ricade nell'ambito di applicazione del diritto europeo, sia conforme a tali diritti. La mera esistenza di una norma nazionale che operi

<sup>(9)</sup> Anche qui, per maggiori riflessioni, si rinvia a E. CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti"*, cit., 23 e ss. ed a RASI, *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2018, 555 ss.

<sup>(10)</sup> Questo aspetto risulta attenuato, ma non certo superato, dall'entrata in vigore del Protocollo n. 16, peraltro non ancora ratificato dall'Italia. Su di esso, e sui complessi problemi che la sua attuazione comporta, si rinvia a E. CANNIZZARO, *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?*, in *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, a cura di E. Lamarque, Torino, 2015, 79 ss.

nell'ambito di applicazione del diritto europeo, e che sia difforme rispetto ai diritti fondamentali tutelati da questo ordinamento, costituisce, di per sé, una violazione del diritto dell'Unione.

La difformità relativa alle modalità mediante le quali le due categorie di diritti operano negli ordinamenti nazionali si riflette, peraltro, nei differenti meccanismi strumentali che garantiscono l'attuazione della Convenzione e della Carta.

Mentre la Convenzione europea è fondata su di un sistema di accertamento caso per caso di una violazione da parte di uno Stato membro, il sistema di rimedi predisposti nell'ambito dell'Unione europea non è casistico ma è, al contrario, un sistema normativo vero e proprio. Secondo i principi stabiliti dalla Corte di giustizia, l'incompatibilità di una norma nazionale con la normativa europea ne comporta l'invalidità, la quale dovrà essere accertata in via incidentale anche dai giudici nazionali, i quali provvederanno a disapplicarla. Analogamente, il contrasto fra una norma nazionale ed un diritto formulato nella Carta dei diritti fondamentali comporterà la disapplicazione della normativa nazionale in tutti i casi in cui tale diritto valga ad assistere l'attuazione di una norma europea avente effetti diretti.

Non mancano, tuttavia, elementi comuni ai due sistemi.

Il principale elemento comune è di carattere strutturale. Sia la Convenzione che la Carta producono diritti in un ordinamento diverso da quello nazionale, diritti che hanno la vocazione di essere applicati, seppur con varie modalità, proprio nei rapporti giuridici disciplinati dal diritto nazionale. Ambedue i sistemi, quindi, producono diritti a vocazione transordinamentale.

Le norme europee che tutelano i diritti fondamentali, alla stregua di tutte le altre norme europee, sono parte di due ordinamenti: quello dell'Unione e quello di ciascuno Stato membro. Anzi, esse fanno parte degli ordinamenti nazionali proprio in quanto fanno parte integrante dell'ordinamento di nuovo genere rappresentato dall'ordinamento europeo <sup>(11)</sup>. Tale caratteristica impone quindi ai giudici nazionali di ricostruire il contenuto, ed i limiti, dei diritti europei alla luce della struttura e della funzione del proprio ordinamento di origine, vale a dire quello europeo. Accanto a questo vincolo di carattere sostanziale operano ulteriori meccanismi, di carattere però procedurale, deputati a salvaguardare la funzione nomofilattica della giurisprudenza della Corte di giustizia. Ne consegue che i giudici nazionali hanno davvero poco spazio per una ricostruzione autonoma del contenuto e dei limiti dei diritti fondamentali europei.

Un meccanismo parzialmente analogo si realizza anche rispetto alla Convenzione europea dei diritti umani, pur se questa non ha creato un vero e proprio ordinamento nel quale i diritti convenzionali possano

<sup>(11)</sup> Cfr. *supra*, nota 5.

operare. La Convenzione istituisce un mero sistema di tutela, di natura sia sostanziale che strumentale, esterno all'ordinamento statale. Ne consegue che l'applicazione della Convenzione negli ordinamenti nazionali si fonda pressoché esclusivamente sui meccanismi di adattamento predisposti da ciascuno Stato. Né la Convenzione formula un obbligo a carico dei giudici nazionali di ricostruire i diritti convenzionali attribuendo loro il contenuto che emerge dalla giurisprudenza della Corte europea. I giudici nazionali restano invero liberi di interpretare ed applicare i diritti convenzionali in maniera diversa, in ipotesi, rispetto alla giurisprudenza della Corte. Essi devono però avere cura di considerare attentamente tale giurisprudenza, quale importante parametro interpretativo che esprima il diritto vivente della Convenzione europea.

Ne consegue che il vincolo, che deriva in capo ai giudici nazionali dall'esigenza di rispettare la giurisprudenza della Corte europea, non è un vincolo formale e rigido. Esso è un vincolo flessibile e mutevole, che varia a seconda del grado di consolidamento della giurisprudenza europea nonché delle circostanze tipiche di ciascun caso di specie. Ovviamente, il giudice nazionale che si discosti dalla giurisprudenza della Corte dovrà farlo nella consapevolezza che, qualora la Corte europea non modificasse, alla luce degli elementi portati alla sua attenzione dalla giurisprudenza nazionale, il proprio orientamento, tale giurisprudenza costituirà una violazione della Convenzione. Ciò equivale a concludere che la c.d. dottrina della cosa interpretata, la quale tende a sostenere che la giurisprudenza della Corte europea produca una sorta di "vincolo di giudicato" nei confronti dei giudici nazionali, non ha alcuna base nel sistema convenzionale.

3. L'esistenza di una pluralità, e forse di una almeno parziale sovrapposizione, di sistemi di tutela dei diritti fondamentali impone di determinare le regole atte ad assicurare il coordinamento del loro funzionamento.

Nella teoria e nella prassi degli ordinamenti contemporanei, in assenza di un sistema di coordinamento riconosciuto, ciascun ordinamento determina autonomamente le regole di coordinamento con gli altri.

Nel campo dei diritti dell'uomo, il più famoso meccanismo di coordinamento è quello stabilito dall'art. 53 della Convenzione europea, che indica come la Convenzione non pregiudichi una tutela più estesa dei diritti convenzionali ad opera degli ordinamenti degli Stati membri<sup>(12)</sup>.

(12) L'art. 53 della Convenzione stabilisce, in particolare, che "[n]othing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party". Per un'analisi della disposizione si rinvia, *ex multis*, a W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, 902 ss.

Una clausola del genere è stata anche inclusa negli articoli 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali. L'art. 53 prevede che la Carta non debba essere interpretata "*as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognised, in their respective fields of application, by Union law and international law, [...] including the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and by the Member States' constitutions*". L'art. 52, par. 3, stabilisce poi la libertà dell'Unione di prevedere standard di tutela più elevati rispetto a quelli stabiliti dalla Convenzione<sup>(13)</sup>.

Ebbene, il complesso meccanismo di coordinamento stabilito dalla Carta incontra notevoli difficoltà applicative *vis-à-vis* le norme nazionali. Queste sono essenzialmente dovute alla circostanza che, a differenza dei diritti convenzionali, il cui ambito di applicazione si estende a qualsiasi norma o condotta degli organi degli Stati parte, la Carta ha un ambito di applicazione ben determinato e fondato su di un criterio di ripartizione di competenze.

Come già detto, infatti, la Carta si applica alle norme nazionali esclusivamente nell'ambito di applicazione del diritto europeo. In tale ambito, peraltro, gli standard di tutela della Carta si applicano in via esclusiva, pur in presenza di standard di tutela più elevati derivanti dalle rispettive Costituzioni nazionali. In particolare, la Carta lascia agli Stati membri la libertà di applicare i propri standard di tutela soltanto nella sfera residua, quella cioè che ricade al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea<sup>(14)</sup>.

Una situazione complessa viene a determinarsi anche nei rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea. Se pure è vero che l'art. 53 della Carta sembra subordinare l'applicazione dei propri

(13) L'art. 52, par. 3, della Carta stabilisce, in particolare, che "[i]n so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection". Per un'analisi della disposizione si rinvia, *ex multis*, a PEERS e PRECHAL, *Article 52*, in *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, a cura di S. PEERS, T. HARVEY, J. KENNER, Oxford, 1455 ss.

(14) In tal senso, cfr. Corte di giustizia [GC], sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, par. 59-60: "in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, che è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione, il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può diminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato. È vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione". Per un commento alla sentenza, si rinvia a DE BOER, *Addressing Rights Divergences under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, 2013, 1083 ss.

standard di tutela a favore di quelli più estesi stabiliti dalla Convenzione, nel parere 2/13 la Corte di giustizia ha di fatto attenuato, fin quasi ad annullare, tale criterio. Essa ha invero indicato che, nell'ambito di applicazione del diritto europeo, i giudici nazionali non possono lasciare inattuato le norme europee in forza di uno standard più alto di tutela dei diritti fondamentali assicurato dalla Convenzione europea (15).

Proprio l'esistenza di sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali, nonché la difficoltà di rinvenire regole uniformi di coordinamento, è all'origine di una serie ampia e variegata di conflitti che hanno impegnato le Corti supreme nazionali e le Corti transnazionali (16). In questa trama fitta, disorganica e disomogenea di diritti, apparentemente analoghi ma che assicurano standard differenziati di tutela in relazione alla ricostruzione operata dai rispettivi meccanismi di garanzia giudiziale, il problema di rinvenire un meccanismo obiettivo di coordinamento diventa davvero di ardua soluzione.

4. La necessità di coordinare diritti, pur appartenenti a sistemi giuridici diversi ma aventi la medesima ispirazione ideale e addirittura formulati sovente in maniera analoga, sorge, non di rado, dalla diversa qualificazione che assumono le nozioni che contribuiscono a definirli nei diversi ordinamenti.

Analogamente a qualsiasi altra norma giuridica, infatti, quella che stabilisce un diritto fondamentale è composta da nozioni più semplici, nozioni che sono sia fattuali che giuridiche. Un diritto fondamentale potrebbe quindi essere definito come una norma di secondo grado, il cui contenuto emerge dalla composizione fra nozioni, appunto giuridiche e fattuali, di primo grado. Non solo tali nozioni, incapsulate in espressioni linguistiche, determinano il contenuto del diritto. Esse, talvolta, ne determinano anche l'ambito di applicazione e la corrispondente intensità di tutela.

Sembra utile chiarire questo punto attraverso un esempio. L'art. 3 della Convenzione conferisce agli individui il diritto di non essere tortu-

(15) Corte di giustizia, parere del 18 dicembre 2014 n. 2/13, par. 189: “[p]oiché l'articolo 53 della CEDU riserva, in sostanza, la facoltà per le Parti contraenti di prevedere standard di tutela dei diritti fondamentali più elevati di quelli garantiti da detta convenzione, occorre assicurare il coordinamento tra tale norma e l'articolo 53 della Carta, come interpretato dalla Corte, affinché la facoltà concessa dall'articolo 53 della CEDU agli Stati membri resti limitata, per quanto riguarda i diritti riconosciuti dalla Carta corrispondenti a diritti garantiti dalla citata convenzione, a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima, nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”.

(16) Cfr. PIRKER, *Mapping the Scope of Application of EU Fundamental Rights: A Typology*, in *European Papers*, 2018, 133 ss., disponibile in <http://www.europeanpapers.eu/it-e-journal/mapping-scope-of-application-of-eu-fundamental-rights> (ultima visita il 26 settembre 2019).

ENZO CARNIZZARO 43

rati, ovvero di non essere oggetto di trattamenti inumani o degradanti. Ebbene l'art. 3 può essere considerato alla stregua di una norma di secondo grado, ove le nozioni di primo grado siano invece costituite dalla tortura nonché dal trattamento inumano o degradante. Nonostante l'art. 3 possa apparire di semplice interpretazione, occorre considerare che le nozioni che lo compongono possono assumere, nei vari ordinamenti giuridici, contenuto diverso. Si pensi al noto esempio del diritto a non essere torturati, fondato su nozioni di tortura anche molte diverse fra loro ai sensi dei vari strumenti, nazionali e internazionali, di tutela (17).

Altre regole che formulano diritti fondamentali sono ancora più complesse, come, ad esempio, gli articoli da 8 a 11 della Convenzione. Essi stabiliscono il diritto in riferimento ad una nozione di carattere sociale: vita privata e familiare, il domicilio, e così via. A tale previsione se ne accompagna un'altra, la quale determina l'ambito di applicazione della prima: i diritti in questione sono tutelati solo nella misura necessaria per le esigenze di una società democratica, oltre che allo scopo di realizzare degli obiettivi nominativamente indicati.

Anche altre norme della Convenzione enunciano un diritto accompagnando tale enunciazione da una ulteriore nozione che ne precisi l'ambito. Peraltro, questo schema normativo non è riscontrabile soltanto nel testo principale della Convenzione, ma pure nei suoi Protocolli. Un esempio è rinvenibile nell'art. 4 del Protocollo 7, il quale definisce il principio del *ne bis in idem* sulla base della nozione di “condanna penale”. Un altro esempio è ravvisabile nell'art. 1 del Protocollo 4, il quale vieta la privazione della libertà “per il solo fatto di non essere in grado di adempiere ad un'obbligazione contrattuale”. Qui, la nozione giuridica di “obbligazione contrattuale” determina l'intero contenuto del diritto. Qualora il costume sociale evolvesse al punto da estendere il concetto di obbligazione contrattuale fino a coprire, ad esempio, l'obbligo fiscale (magari a cagione della circostanza che esso è frutto di un patto fra lo Stato e i cittadini), si estenderebbe corrispondentemente anche il diritto che su di esso si modella.

Questi esempi dovrebbero dimostrare che molte delle articolazioni normative di un diritto fondamentale — il suo contenuto, il suo ambito di applicazione, il suo standard di tutela — dipendono sovente dalla interpretazione di nozioni che hanno una loro autonomia, che sono cioè svincolate dalle esigenze di tutela dei diritti fondamentali: le esigenze dello Stato democratico, la nozione di condanna penale, quella di obbli-

(17) Sulla interpretazione del diritto a non essere torturato nel diritto internazionale si rinvia a KRETZMER, *Torture, Prohibition of*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford, 2010. Per i problemi che la legislazione italiana pone rispetto alla normativa internazionale, si rinvia a AMATO, PASSIONE, *Il reato di tortura*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 gennaio 2019, disponibile all'indirizzo <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6407-il-reato-di-tortura> (visitato, da ultimo, il 26 settembre 2019).

gazione contrattuale, e così via. Talvolta si tratta di nozioni fattuali, altre volte di nozioni giuridiche, ma sempre sono prodromiche alla tutela del diritto per modo che la loro previa determinazione finisce con il condizionare grandemente la tutela.

Sorge quindi il problema, sovente trascurato in dottrina, della competenza a determinare le nozioni, giuridiche e fattuali, utilizzate dalle disposizioni sui diritti dell'uomo al fine di stabilirne il contenuto o l'intensità della tutela. Si tratta di un problema già conosciuto nel mondo dei concetti giuridici proprio in riferimento alla regolamentazione di fenomeni sociali transnazionali, noto con il nome di problema delle qualificazioni.

Con tale nome si indica, nel diritto internazionale privato, il problema di identificare l'ordinamento competente a definire le nozioni che compongono le norme di conflitto: da un lato, sembra ragionevole che la qualificazione vada fatta secondo la *lex fori*, vale a dire secondo la legge che ha indicato quelle nozioni come criteri per l'applicazione di una legge straniera; d'altra parte, sembra anche ragionevole che le qualificazioni si compiano secondo la *lex causae*, vale a dire secondo la legge che il giudice dovrà applicare per decidere la controversia.

Come si vede, il problema delle qualificazioni sorge proprio in relazione a norme che disciplinano situazioni giuridiche transnazionali, le quali siano cioè collegate a diversi ordinamenti. Non stupisce, quindi, che esso sorga in riferimento alla tutela transnazionale dei diritti, laddove il contenuto o lo standard di tutela di un diritto, tutelato in un determinato ordinamento, vada determinato sulla base di nozioni collegate, in parte o in tutto, con un altro ordinamento.

5. Il problema delle qualificazioni ha assunto un ruolo centrale nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017, mediante la quale veniva sollevato un rinvio pregiudiziale inerente all'interpretazione di alcune norme europee e di alcuni passaggi della sentenza emessa dalla Corte di giustizia nel celebre caso Taricco<sup>(18)</sup>. In particolare, oggetto di attenzione era l'interpretazione delle nozioni di "regime della prescrizione" e di "principio di legalità". Si legge nell'ordinanza:

"Nell'ordinamento giuridico nazionale il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost., come questa Corte ha ripetutamente riconosciuto. È perciò necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo di commissione del fatto. Si tratta infatti di un istituto che incide sulla punibilità della persona e la legge, di conseguenza, lo disciplina in ragione di una valutazione che

<sup>(18)</sup> V. la sentenza della Corte di giustizia, del 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco et al.*, e la successiva ordinanza della Corte costituzionale, del 26 gennaio 2017, n. 24.

viene compiuta con riferimento al grado di allarme sociale indotto da un certo reato e all'idea che, trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso. È noto che alcuni Stati membri invece muovono da una concezione processuale della prescrizione, alla quale la sentenza resa in causa Taricco è più vicina, anche sulla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma ve ne sono altri, tra cui la Spagna, che accolgono una concezione sostanziale della prescrizione non differente da quella italiana"<sup>(19)</sup>.

Conviene seguire da vicino la reazione della Corte di giustizia all'ordinanza della Corte costituzionale, la quale si è manifestata nella sentenza M.A.S. e M.B.<sup>(20)</sup>. Ebbene, dopo aver ricordato che il settore della tutela degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la previsione di sanzioni penali è oggetto di competenza concorrente tra Stati membri ed Unione, la Corte di giustizia aggiungeva: "alla data dei fatti di cui al procedimento principale, il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stato oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione, armonizzazione che è successivamente avvenuta, in modo parziale, solo con l'adozione della direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale"<sup>(21)</sup>.

Quindi, la Corte ha concluso che: "[l]a Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene"<sup>(22)</sup>.

Traslando i termini materiali della questione, in questi paragrafi la Corte di giustizia ha indicato che la competenza a qualificare la natura della prescrizione, inizialmente posseduta dagli Stati membri, sia transitata in capo all'Unione a causa dell'avvenuta armonizzazione della materia.

È difficile non cogliere un'evidente stranezza sistematica in questa conclusione, data dall'idea che un diritto possa essere espanso o ridotto nella sua portata a seconda della qualificazione di una nozione, quella della prescrizione nel caso specifico, la quale compete al legislatore nazionale ovvero al legislatore europeo esclusivamente sulla base di un criterio temporale.

<sup>(19)</sup> Corte costituzionale, ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017, par. 4.

<sup>(20)</sup> Corte di giustizia [GC], sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e*

*M.B.*

<sup>(21)</sup> *Ibidem*, par. 44.

<sup>(22)</sup> *Ibidem*, par. 45.

Una situazione analoga, ma singolarmente rovesciata, è rinvenibile anche nella sentenza Melloni<sup>(23)</sup>. In tale decisione la Corte di giustizia indicava che: “la soluzione adottata dal legislatore dell’Unione, consistente nel prevedere in maniera esaustiva le fattispecie nelle quali l’esecuzione di un mandato d’arresto europeo emesso ai fini dell’esecuzione di una decisione pronunciata *in absentia* deve essere considerata non lesiva dei diritti della difesa, è incompatibile con il mantenimento della possibilità, per l’autorità giudiziaria dell’esecuzione, di subordinare tale esecuzione alla condizione che la sentenza di condanna in questione possa essere oggetto di revisione per garantire i diritti della difesa dell’interessato”<sup>(24)</sup>.

In altri termini il legislatore europeo, armonizzando i casi in cui uno Stato membro possa rifiutare di dare esecuzione ad un mandato di arresto europeo in quanto pronunciato sulla base di una sentenza resa *in absentia*, ha mutato il titolo di competenza a qualificare una nozione rilevante ai fini di determinare un diritto della Carta dei diritti fondamentali.

Le implicazioni tratte da ciò dalla Corte di giustizia sono ben note. Essa ha invero indicato come il passaggio di competenza appena descritto abbia l’effetto di paralizzare l’applicazione dell’art. 53 della Carta, il quale prevede che la protezione più estesa assicurata dalle costituzioni nazionali possa prevalere sugli standard di protezione della Carta al di fuori dell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione<sup>(25)</sup>.

6. Il rilievo del problema delle qualificazioni si coglie altresì in un’ulteriore vicenda, concernente i rapporti fra la Convenzione e le Costituzioni nazionali. Si tratta della notissima vicenda relativa alla qualificazione giuridica delle sanzioni non qualificate come penali nel proprio ordinamento nazionale.

Nell’ambito di questa lunga e complessa vicenda, conviene sinteticamente soffermarsi sui soli sviluppi recenti, dati dalle sentenze rese dalla Corte europea dei diritti umani nei casi A&B, nel 2016, e GIEM, nel 2018<sup>(26)</sup>.

In A&B, concernente il rilievo della qualificazione di tali sanzioni ai fini dell’applicazione del principio *ne bis in idem*, la Corte europea, come è noto, ha precisato il proprio precedente ordinamento, ispirato ad una concezione molto ampia di “sanzione penale”, venendo così incontro alle

<sup>(23)</sup> Corte di giustizia [GC], sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*.

<sup>(24)</sup> *Ibidem*, par. 44.

<sup>(25)</sup> *Ibidem*, par. 56-57.

<sup>(26)</sup> Si tratta di Corte europea dei diritti umani: sentenza del 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A. e B. c. Norvegia*; sentenza del 28 giugno 2018, ricorsi n. 1828/06, 34163/07 e 19029/11, *G.I.E.M. s.r.l. et al. c. Italia*.

preoccupazioni ingenerate negli ordinamenti degli Stati parte<sup>(27)</sup>. Nella medesima sentenza essa ha però ribadito con inusuale nettezza la propria competenza esclusiva ad interpretare proprio la nozione di “sanzione penale”<sup>(28)</sup>. Al fine di mitigare una giurisprudenza particolarmente rigida, la Corte è peraltro andata oltre, fino a rivendicare la propria competenza a qualificare anche la nozione di “procedimento penale”<sup>(29)</sup>.

Verosimilmente anche in ragione delle veementi reazioni delle Corti costituzionali, concretizzatesi in particolare nella sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015<sup>(30)</sup>, in GIEM la Corte europea ha mitigato la nettezza della posizione espressa in A&B.

In GIEM la qualificazione della sanzione come sanzione penale era funzionale a valutare la compatibilità con la Convenzione, ed in particolare con il suo art. 7, della norma italiana che consentiva di disporre la confisca di un bene, pur in presenza di una sentenza che avesse accertato la prescrizione del reato al quale il bene medesimo era riferito.

L’itinerario argomentativo della Corte europea non è peraltro del tutto chiaro. Essa ha, ancora una volta, affermato l’autonomia del concetto di pena ai sensi della Convenzione nonché la propria competenza ad interpretarlo. Peraltro, la Corte ha motivato tale rigore indicando che una diversa concezione, la quale attenuasse l’esclusività della propria competenza, avrebbe l’effetto di frammentare la tutela unitaria della Convenzione e di aggirare le garanzie fornite dal suo art. 7<sup>(31)</sup>.

<sup>(27)</sup> Corte europea dei diritti umani: sentenza del 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A. e B. c. Norvegia*.

<sup>(28)</sup> *Ibidem*.

<sup>(29)</sup> Le ripercussioni di tale “abbassamento” dello *standard* di tutela nella giurisprudenza della Corte europea sono state avvertite anche nell’ordinamento dell’Unione in relazione al rinvio disposto dall’art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali. V. le conclusioni dell’Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona presentate il 12 settembre 2017 nelle tre cause: C-524/15, *Menci*, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*, e C-596/16, *Di Puma*.

<sup>(30)</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 14 gennaio 2015. Vi è, nella sentenza n. 49/2015, un’orgogliosa rivendicazione della Corte Costituzionale del potere dei giudici nazionali di interpretare la Convenzione anche, in ipotesi, in difformità rispetto alla interpretazione accolta dalla giurisprudenza della Corte europea. Si tratterebbe peraltro di un potere perfettamente compatibile con la Convenzione. Non solo la Convenzione non assicura alla Corte europea il monopolio interpretativo delle disposizioni convenzionali. Ma, al contrario, essa implica il potere interpretativo dei giudici nazionali, in conformità agli orientamenti viventi della giurisprudenza della Corte europea. Se esistesse un vincolo formale a carico dei giudici nazionali di conformarsi all’interpretazione non consolidata della Corte europea, questa non avrebbe peraltro modo di sviluppare la propria stessa giurisprudenza. Ci si può chiedere, peraltro, se tale rivendicazione fosse necessaria ai fini della decisione della Corte costituzionale, la quale intendeva solo correggere l’interpretazione della sentenza *Varvara c. Italia* (Corte europea dei diritti umani, sentenza del 19 ottobre 2013, ricorso n. 17475/09) da parte dei giudici di merito, ed affermare una diversa interpretazione della sentenza, che sottraesse la confisca all’ambito di applicazione dell’art. 7 della Convenzione.

<sup>(31)</sup> Corte europea dei diritti umani, sentenza del 28 giugno 2018, ricorsi nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11, *G.I.E.M. s.r.l. et al. c. Italia*, par. 210.



Il ragionamento della Corte non si è tuttavia arrestato a questo punto. Dopo aver escluso che qualsiasi misura di carattere afflittivo, avente obiettivamente natura penale, debba essere adottata attraverso un procedimento di carattere penale, essa ha indicato come la Convenzione non imponga una “criminalizzazione dei procedimenti per l’adozione di sanzioni aventi tale carattere ai sensi della Convenzione” (32).

Se dovessimo esprimere tale concetto con la terminologia utilizzata nel diritto dell’Unione europea, potremmo dire che la Convenzione europea non impone agli Stati membri di armonizzare i procedimenti per l’irrogazione di sanzioni afflittive. Né, sembrerebbe implicare il ragionamento della Corte, si sarebbe verificata una armonizzazione de facto, vale a dire una spontanea convergenza degli ordinamenti degli Stati membri verso modelli normativi uniformi di irrogazione di sanzioni afflittive. All’assenza di un interesse alla realizzazione di modelli uniformi, la Corte europea ha idealmente contrapposto l’esigenza di evitare che la complessità tecnica dell’accertamento di un reato, combinata con un termine eccessivamente corto, possa condurre, nei fatti, all’impunità dei suoi autori. Infine, attraverso una linea argomentativa non sempre lineare, la Corte ha ritenuto che tale esigenza possa attenuare il rilievo che riveste il principio dello stato di diritto nell’ambito di una società democratica.

Da tale itinerario argomentativo la Corte ha tratto la conclusione secondo la quale sarebbe compatibile con la Convenzione l’irrogazione di una sanzione afflittiva da parte di un giudice il quale ritenga che tutti gli elementi del reato siano stati accertati, pur qualora il procedimento penale non sia stato portato a termine in virtù del sopraggiungere del termine di prescrizione (33).

7. Nella sua opinione individuale resa nel caso GIEM, il giudice Pinto de Albuquerque ha sottolineato l’incoerenza dell’orientamento della Corte costituzionale italiana la quale, da un lato, nell’ambito della vicenda Taricco, ha ascritto la disciplina sostanziale della prescrizione al nucleo fondamentale dell’identità costituzionale italiana, mentre, d’altro lato, nella sentenza n. 49 del 2017 ha ritenuto che essa non impedisca l’irrogazione di una sanzione afflittiva. Come è possibile, si è chiesto il giudice, che lo stesso istituto venga qualificato dal medesimo giudice come parte dell’identità costituzionale dello Stato e, al tempo stesso come un incidente di percorso che non impedisce l’irrogazione di una sanzione afflittiva (34)?

(32) *Ibidem*, par. 253-254.

(33) *Ibidem*, par. 260-261.

(34) Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 28 giugno 2018, ricorsi nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11, *G.I.E.M. s.r.l. et al. c. Italia, Partly Concurring, Partly Dissenting Opinion of Judge Pinto De Albuquerque*.

Al di là della indubbia difficoltà tecnica delle due vicende, l’incoerenza lamentata dal giudice della Corte europea evidenzia l’irrisolta questione della esistenza di fatti e nozioni giuridiche la cui qualificazione incide profondamente sul contenuto e sull’intensità della tutela dei diritti cui si riferiscono.

Questa difficoltà emerge con drammatica evidenza nell’ambito delle vicende dei diritti fondamentali “transnazionali”, i quali sono generati in un ordinamento esterno, proprio di una comunità di Stati che hanno accettato di armonizzare i diritti fondamentali, ed i loro meccanismi di garanzia, senza però necessariamente armonizzare le nozioni necessarie per la definizione del contenuto, dell’ambito di applicazione e della intensità della tutela di tali diritti.

Or bene, anche alla luce delle vicende più recenti, sommariamente indicate nei paragrafi precedenti, si può ipotizzare una soluzione rispetto al complesso problema della competenza a qualificare tali nozioni.

Come si è visto, da un lato le Corti transnazionali rivendicano l’autonomia delle nozioni giuridiche e fattuali attraverso le quali i propri trattati istitutivi definiscono i diritti fondamentali e i problemi riconnessi alla loro applicazione. D’altro lato, esse tendono a riconoscere la competenza delle Corti nazionali allorché non vi siano, nell’ambito degli ordinamenti degli Stati parte, modelli normativi comuni, che siano frutto di processi formali di armonizzazione ovvero anche di una spontanea convergenza su modelli normativi che conducano ad una qualificazione sostanzialmente uniforme di tali nozioni. In altri termini l’armonizzazione, diretta o indiretta, delle nozioni fattuali o giuridiche, utilizzate per definire il contenuto, l’ambito di applicazione dei diritti fondamentali, nonché l’intensità della loro tutela, costituisce una indicazione metodologica utile a risolvere il problema della loro qualificazione.

Non si tratta, evidentemente, di un percorso agevole. Esso appare, anzi, irto di difficoltà, derivanti sia dalla complessità di determinare se e come tale armonizzazione si sia verificata, sia dalle aporie e incongruenze insite nei processi di armonizzazione, in particolare allorché tali processi conducano allo sviluppo di modelli normativi penalizzanti per i diritti fondamentali. E tuttavia, un tale percorso metodologico, flessibile e fluido, appare altresì come un processo virtuoso. Esso sembra capace, ad un tempo, di assicurare flessibilità e rigidità nella interpretazione dei cataloghi di diritti transnazionali; di bilanciare l’esigenza di autonomia del controllo esterno con l’esigenza di legittimazione nell’azione delle Corti transnazionali; di considerare i valori e le istanze di fondo degli ordinamenti interni, mantenendo in capo a tali Corti il potere decisionale ultimo; di non pregiudicare negativamente lo sviluppo della tutela transnazionale dei diritti, che tanto ha giovato alla cultura giuridica nazionale.