



Rivista N°: 1/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 09/01/2015

AUTORE: Roberto Bin*

L'INTERPRETAZIONE CONFORME. DUE O TRE COSE CHE SO DI LEI**

1. *L'interpretazione conforme come canone ermeneutico.* – 2. *L'interpretazione conforme come regola.* – 3. *Interpretazione conforme alle norme dell'Unione europea.* – 4. *Interpretazione conforme alla CEDU e agli altri trattati internazionali.* – 5. *Considerazioni conclusive.*

1. L'interpretazione conforme come canone ermeneutico

È legittimo chiedersi se l'interpretazione conforme sia un canone dell'interpretazione giuridica, da allineare accanto ad altri canoni – come l'interpretazione sistematica, l'interpretazione storica o teleologica, l'analogia o il ragionamento *ab absurdo* – o non sia piuttosto una regola precisa e inderogabile che gravi sull'interprete con la minaccia di invalidare i frutti del suo lavoro che la infrangono¹. Spesso però interrogativi che pongono alternative così nette non possono ricevere risposte altrettanto nette.

Mi sembra del tutto evidente che l'interpretazione conforme sia una sottospecie del tradizionale canone dell'interpretazione sistematica. Si può manifestare tutta la diffidenza nei confronti del concetto di sistema normativo e dei canoni interpretativi che ad esso si richiamano², ma non c'è ordinamento che non riconosca la necessità che l'interprete cerchi di dare alle singole disposizioni il senso che meglio le faccia coesistere con tutte le altre: meglio scegliere la via dell'interpretazione conforme - o "*in accordance*", secondo l'uso anglosassone – con le altre leggi, piuttosto che accettare passivamente situazioni di contrasto, di antinomia. È però anche vero che i canoni dell'interpretazione, come ricordava Betti, sono diver-

* Ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Ferrara. — roberto.bin@unife.it

** Questo scritto, che sviluppa spunti contenuti in un intervento al Convegno *L'interpretazione conforme al diritto UE. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Rovigo, 15-16 maggio 2014, è destinato agli *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*.

¹ Da un'alternativa simile prende le mosse K. A. BETTERMANN, *Die verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*, Heidelberg 1986, 14.

² Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 376.

si, spesso in concorrenza tra loro, e la scelta di quale privilegiare ricade di norma sull'interprete: egli "deve superare l'unilateralità dei singoli punti di vista, che porta a ritenere legittimo esclusivamente uno dei vari indirizzi ermeneutici in discussione"³.

I canoni dell'interpretazione sono essenzialmente "forme argomentative"⁴ predisposte a rivestire l'opzione interpretativa prescelta, quale ne sia la direzione. Come tali, essi non hanno alcuna obbligatorietà, non esercitano alcuna forza prescrittiva specifica, ma semmai una capacità persuasiva che discende dalle premesse assunte: l'analogia opera se si muove dalla premessa di una ragionevole somiglianza delle disposizioni poste in confronto (perché per esempio sono riconducibili alla *eadem ratio*); così come tra due disposizioni si può far valere un nesso sistematico che conduce a interpretare l'una in conformità dell'altra, ma si può invece farle convivere in due significati diversi se si distingue il loro rispettivo campo di applicazione (argomento *ex sede materiae*).

Proprio perché è un congegno argomentativo, il canone dell'interpretazione sistematica (e quindi dell'interpretazione conforme) opera all'interno di quel processo entropico che è l'interpretazione giuridica: o meglio, il suo uso è manifestato al termine di quel processo, di cui si cerca di motivare le linee essenziali di svolgimento. Il processo di interpretazione non si rispecchia però nella motivazione: è un processo complesso, nel cui corso molti sono i dati che vengono assunti nella mente dell'interprete, provenienti dalle fonti più diverse: mescolandosi, le informazioni sulla loro origine e sul rispettivo peso specifico tendono a svanire. Interpretare crea disordine⁵.

Interpretare un testo "in conformità" con altre fonti è una pratica normale e consigliata, come si è visto in precedenza, che serve ad evitare conflitti tra norme, conciliandole. Il prodotto di questa procedura è una norma che però non può più essere ascritta a un testo preciso. C'è un evidente scivolamento dal significato "letterale" del testo interpretato a un significato diverso, "artificiale". Talvolta l'operazione è consapevole, e allora la motivazione ne darà conto; altre volte la consapevolezza non c'è, perché ci sono fattori culturali "diffusi" che portano a compiere questa operazione senza che se ne avverta l'attivazione. Questo avviene per esempio quando si mutua la definizione di un termine o di un istituto dalla legislazione previgente senza neppure avvertire che il prestito avvenga: cosa sia la famiglia, la nascita, la buona fede dipende da fattori extra-giuridici di cui l'interprete può essere più o meno consapevole. Sicché avviene sovente che l'interpretazione conforme operi in senso inverso all'ordine gerarchico delle fonti, facendo in modo, per es., che le disposizioni costituzionali vengano interpretate alla luce di concetti introdotti dalla legislazione ordinaria⁶.

³ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971, 289.

⁴ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano 1998, 189 e 194.

⁵ Cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano 2013, 61 ss.

⁶ Cfr. W. LEISNER, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964; O. MAJEWSKI, *Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?*, Berlin, 1971. Nel contesto italiano, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1970, 913-915 e, in termini generali, A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Torino, 2009, 399 s.

2. L'interpretazione conforme come regola

I canoni dell'interpretazione hanno una debole carica prescrittiva, e questo è il caso anche del criterio sistematico e dell'interpretazione conforme. Una certa umana propensione a declinare la responsabilità delle scelte compiute porta l'interprete a mascherarle con figure retoriche e presunzioni come quelle della coerenza e completezza dell'ordinamento, della volontà del legislatore (rispetto alla quale vige un ulteriore canone di interpretazione conforme), della presunzione sfavorevole nei confronti dell'interpretazione abrogativa (presunzione assai quotata nella giurisprudenza anglosassone e che induce a imboccare la porta della interpretazione conforme⁷) o l'ipotesi del legislatore ragionevole e il connesso argomento apagogico⁸.

La carica prescrittiva dei canoni non deriva però dalla loro forza intrinseca o da quella che promana dal "legislatore" sistematicamente richiamato, ma dalla regola deontologica che presiede al lavoro dell'interprete e – segnatamente – del giudice. Non è tanto il vincolo al testo scritto dal legislatore (o la deferenza per il suo *intent*) quel che pesa, quanto piuttosto l'obbligo che lega la risposta del giudice alla domanda che gli viene posta, alla perimetrazione del "caso". È il divieto di pronunciare il *non liquet*, principio riconosciuto universalmente sia dalla dottrina sia dalla prassi giudiziaria, a imporre al giudice l'obbligo di interpretare il diritto come un "sistema" coerente e completo, quindi capace di fornire l'*unica* norma applicabile al caso. In un lontano caso la Corte Suprema degli Stati Uniti espresse con esemplare chiarezza la forza di questo vincolo: "*We have no more right to decline the exercise of jurisdiction which is given, than to usurp that which is not given. The one or the other would be treason to the constitution*"⁹. Il canone dell'interpretazione sistematica e conforme condivide la stessa forza del divieto di declinare giustizia, di cui è uno strumento indispensabile.

Ci sono però contesti in cui la forza prescrittiva del vincolo di interpretazione conforme acquista un grado più intenso, che gli deriva da fattori interni alla costruzione dell'ordinamento. È senz'altro questo il caso della gerarchia delle fonti. Laddove sia possibile riconoscere una relazione gerarchica tra fonti (tra costituzione e legge ordinaria, tra legge e regolamento, tra legge di delega e decreto delegato ecc.) va riconosciuto anche un vincolo interpretativo che è implicito nella superiorità di una fonte su un'altra. La fonte superiore *deve* prevalere su quella inferiore e quest'ultima *deve* essere interpretata *in conformità* alla prima, in modo da evitare l'antinomia. Se ciò non è possibile, l'antinomia è insuperabile e causa l'illegittimità della fonte inferiore.

⁷ "The objective of avoiding unnecessary repeals by implication is given effect by the 'plain repugnancy' standard, which requires courts to harmonize and preserve both laws if possible, and only invokes an implied repeal in the limited circumstance where harmonization is unachievable": J. W. MARKHAM jr., *The Supreme Court's New Implied Repeal Doctrine: Expanding Judicial Power to Rewrite Legislation Under the Ballooning Conception of "Plain Repugnancy"*, in 45 *Gonz. L. Rev.* (2009/2010), 455.

⁸ Cfr. G. TARELLO, *op.cit.*, 369 s.

⁹ *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821).

In questo caso, come risulta evidente, l'interprete non è più libero di scegliere quello tra i canoni ermeneutici che gli sembra più adatto, ma è tenuto ad applicare prioritariamente il canone dell'interpretazione conforme. Correttamente, a mio avviso, la Corte costituzionale sanziona l'interprete che non rispetti questo precetto, respingendo la sua proposta: come afferma un passaggio ormai celebre, *“le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali... ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”*¹⁰. Quindi, in presenza di una relazione gerarchica tra fonti, il canone dell'interpretazione conforme diviene un obbligo preciso di interpretazione, giuridicamente sanzionato: per usare le parole della Corte costituzionale, ad avvalorare l'obbligatorietà di questo canone c'è la convergenza *“tanto dell'assioma per il quale l'ordinamento normativo dev'esser postulato, in sede interpretativa e applicativa, come una totalità unitaria, quanto del principio di conservazione dei valori giuridici, il quale induce a presumere che una disposizione non sia dichiarata illegittima fintantoché sia possibile enucleare da essa almeno un significato conforme alle leggi”*¹¹.

3. Interpretazione conforme alle norme dell'Unione europea.

Il problema è capire dove siano riconoscibili precise relazioni gerarchiche tra fonti normative. Nei sistemi normativi contemporanei, infatti, la gerarchia ha perso quella funzione di fattore dominante, se non esclusivo, di organizzazione delle fonti che ha svolto in passato. Il sistema pluralista e pluricentrico di produzione normativa ha posto accanto al criterio di gerarchia quello di competenza¹². I rapporti tra i due criteri sono molto complessi, forse soprattutto perché è nella natura stessa del sistema pluricentrico che possano convivere opinioni diverse circa la tipologia delle relazioni tra atti normativi provenienti da sottoinsiemi diversi: le opinioni differiscono a seconda dell'ordinamento a cui appartiene l'organo che le esprime.

Le relazioni tra norme dell'Unione europea e norme interne sono un esempio evidente di questa discrasia. Mai – a quanto mi risulta – la Corte di giustizia ha espressamente ricostruito tali relazioni in termini di gerarchia. Al suo lessico sono ben presenti sia le *gerarchie* interne agli ordinamenti nazionali¹³, sia quelle interne allo stesso ordinamento UE¹⁴; ma le relazioni tra i due ordinamenti sono sempre state definite in termini di *preminenza*, mai di *gerarchia*. Anche nei casi in cui erano stati gli stessi Stati membri a proporre la gerarchia come schema concettuale con cui organizzarle, la Corte si è attentamente astenuta dall'accettare una terminologia siffatta¹⁵. I *“principi di preminenza e di applicazione uniforme del diritto*

¹⁰ Sent. 356/1996.

¹¹ Sent. 559/1988.

¹² Il tema è approfonditamente esaminato da S. PARISI, *La gerarchia delle fonti. Ascesa declino mutazioni*, Napoli, 2012.

¹³ V. per es., tra le pronunce più recenti, C-47/10.

¹⁴ V. per es., tra le pronunce più recenti, C-40/10.

¹⁵ Si vedano le sentenze C-102/79, C-469/00 (p. 84 della motivazione) e, più indirettamente, C-81/05 (p. 25).

dell'Unione"¹⁶ guardano ai risultati, non alle modalità con cui si producono o alla definizione del "rango" delle fonti: pur se talvolta la Corte usa il termine *preminenza* anche laddove riconosce con sicurezza che sussistono relazioni di gerarchia, come nei rapporti tra Trattati e diritto derivato¹⁷.

Dal suo punto di vista, invece, la Corte costituzionale italiana ha negato risolutamente che le fonti comunitarie si compongano in un unico sistema giuridico con quelle interne e che quindi si possano prospettare relazioni di gerarchia tra di esse. È il criterio della competenza il principio ordinatore dei rapporti tra i due sistemi di fonti, a suo modo di vedere¹⁸: criterio che guida la scelta della norma competente da applicare, ma non produce l'invalidità della norma scartata. Il che però non toglie la prescrittività del canone dell'interpretazione conforme, semplicemente ne muta il fondamento e, forse, l'intensità. La prescrittività deriva infatti in questo caso non da una supposta gerarchia delle fonti ma da un fondamento diverso: il primato del diritto europeo su quello nazionale non è disposto da una precisa disposizione del Trattato, ma è un principio che la giurisprudenza della Corte di giustizia, sin da *Costa v. E-nel*¹⁹, ha tratto dalla natura specifica della Comunità (e ora dell'Unione)²⁰. È il Trattato a riservare alla Corte di giustizia il monopolio dell'interpretazione del diritto europeo: a sua volta il Trattato deriva la sua obligatorietà nel nostro ordinamento dall'ordine di esecuzione introdotto dalle leggi di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Roma e di quelli che lo hanno modificato. Quindi, le norme prodotte dall'attività giurisprudenziale della Corte di giustizia diventano obbligatorie nel nostro ordinamento in forza (e quindi a un livello gerarchico) di una legge ordinaria. A sua volta l'art. 117.1 Cost., dopo la revisione del 2001, dispone che le norme dell'UE – comprese quelle prodotte dalla Corte di giustizia in via di interpretazione – prevalgano sulle leggi ordinarie italiane, che sono soggette al rispetto "*dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*". In questo "obbligo di rispetto" rientra senza dubbio anche l'obbligo di interpretazione conforme.

Le leggi ordinarie italiane, perciò, sono soggette a (almeno) due diversi vincoli di interpretazione conforme: uno nei confronti della Costituzione (che discende dal rapporto di gerarchia), uno nei confronti delle norme dell'UE, comprese quelle prodotte dall'interpretazione della Corte di giustizia (in applicazione del criterio della competenza). Nell'eventualità (improbabile, ma non impossibile) di un contrasto tra le due direttive interpretative, quale prevale? La risposta non può che essere una, prevale il vincolo alla Costituzione. Almeno per la Corte costituzionale²¹.

¹⁶ C-184/12.

¹⁷ V. per es. C-320/11.

¹⁸ Il rinvio è ovviamente alla sent. 170/1984, *Granital*.

¹⁹ C-6/64.

²⁰ In questo senso il *Parere* del Servizio giuridico del Consiglio (22 giugno 2007) citato dal punto 17 delle *Dichiarazioni allegare all'atto finale della CIG che ha adottato il Trattato di Lisbona*.

²¹ È evidente che qui si pone il grande problema del fondamento attuale dell'UE, se cioè essa sia ancora pienamente un'organizzazione internazionale o sia divenuta ormai un sistema costituzionale di un qualche tipo, sia pure *without constitutionalism*: come mettono giustamente in luce J.H.H WEILER e U.R. HALTERN, *The Autonomy of the Community Legal Order-Through the Looking Glass*, in 37 *Harv. Int. L. J.* (1996) 411 ss., dal punto di

Benché nella prassi quotidiana questo aspetto retroceda di solito in secondo piano, è evidente che l'autorità dell'ordinamento europeo, che per la Corte di giustizia deriva dagli stessi principi fondamentali del Trattato, per la nostra Corte costituzionale discende anzitutto dall'ordine di esecuzione del Trattato e dal principio di attribuzione a cui quell'ordine di esecuzione rimanda. L'autorità delle istituzioni europee, che si fonda sul Trattato, è a sua volta derivata dalla legge ordinaria che di quel Trattato ordina "piena e completa esecuzione". Sebbene l'ordinamento europeo – come affermava già la sent. *Van Gend&Loos*²² – sia "un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale", sempre di un'organizzazione internazionale si tratta, in cui vige un rigoroso principio di attribuzione (tuttora riconfermato dal Trattati).

La Costituzione italiana consente che, a certe condizioni, operi una parziale «cessione di sovranità» a favore di organizzazioni tra Stati, ai cui organi possono essere attribuiti compiti anche molto incisivi. Il *principio di attribuzione* delimita i poteri di quegli organi: esso è contenuto in una fonte sub-costituzionale "autorizzata" dall'art. 11 Cost., e potrà operare ovviamente solo nell'ambito e nei limiti dell'ordinamento costituzionale. Vale il classico brocardo di Ulpiano: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. Il legislatore ordinario, che agisce in attuazione dell'art. 11 Cost., non può *attribuire* alle organizzazioni internazionali poteri di cui lui stesso non disponga liberamente e ciò vale per tutto ciò che è "vincolato" dalla Costituzione. A sua volta l'art. 117.1 Cost. introduce un obbligo per tutte le fonti primarie interne di rispettare gli obblighi derivanti dalle norme dell'UE e tanto basta ad accreditare un preciso obbligo degli interpreti a interpretare il diritto interno in conformità con il diritto europeo. Salvo che questa interpretazione conforme non entri in conflitto con l'interpretazione conforme a Costituzione.

Si manifesta così l'importanza della *dottrina dei contro limiti* che indica esattamente questo: la "cessione di sovranità" opera entro limiti precisi, oltre ai quali deve prevalere la difesa dei principi derivati dalla Costituzione. L'esistenza di questo limite è implicita nello stesso principio di attribuzione. Qualsiasi potere "delegato" dalla Costituzione (compreso quello di revisione costituzionale) deve tenersi al di qua del limite, altrimenti agirebbe *ultra vires*. Il *Bundesverfassungsgericht* ha voluto ribadire questo fondamentale principio nel suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia a proposito dell'OMT²³: al di là del merito della que-

vista del diritto internazionale uno Stato non potrebbe certo pretendere di far prevalere il proprio diritto sulle norme dell'organizzazione internazionale a cui aderisce (e in cui c'è un organo giurisdizionale preposto a dirimere gli eventuali conflitti interpretativi); ma nell'ordinamento europeo il punto di vista delle Corti nazionali è giustificato dal fatto che le norme europee sono stabilite con il concorso dei Governi nazionali e questi tendo a prendere le decisioni più impegnative a Bruxelles, per svincolarsi dai limiti e dai controlli imposti dalle loro Costituzioni. È ovvio che poi gli Stati non intendano fare quello che il diritto internazionale non permette loro di fare, cioè denunciare l'*ultra vires*, ma è altrettanto ovvio che l'*organo di garanzia costituzionale* di ogni Stato sia giustificato se si oppone a un atto che infranga la Costituzione di cui è il garante.

²² C-26/62.

²³ *Beschluss vom 14. Januar 2014 - 2 BvE 13/13*. Del resto la dottrina dei contro limiti è ampiamente diffusa tra i paesi membri dell'Unione europea: cfr. A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto Ue e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl.com.* 2004, 1309 ss. Rispetto ad essa, però, la posizione tedesca appare più "si-

stione, mi sembra un atteggiamento ineccepibile. Invece, i tentativi di interpretare il riferimento all'identità nazionale contenuto nel Trattato di Lisbona (art. 4.2 TUE) come “*comunitarizzazione dei controlimiti*” appaiono frutto di un grave equivoco. Se la Corte costituzionale è incaricata di vigilare l'equilibrato bilanciamento degli interessi e dei diritti scritti in costituzione, questa funzione non può essere delegata *in toto* ad altri soggetti, istituiti in forza dei poteri “delegati” dalla Costituzione stessa. Gli interessi ammessi al bilanciamento formano il contenuto della Costituzione, di quello che vi è scritto e di quello che essa ha rappresentato per la società. Non è perciò possibile che, con gli strumenti concessi dalla Costituzione, il legislatore trasferisca, *in esclusiva*, a un ordinamento e a un giudice esterno il compito di sovrapporre i suoi interessi e le sue decisioni a quelli contemplati dalla Costituzione stessa. Detta in altre parole, nessun Trattato – ratificato con le procedure costituzionali - può attribuire a un organo da esso istituito il potere di decidere quale sia il corretto bilanciamento tra interessi contrastanti (interessi evidentemente riconosciuti dal Trattato stesso) e pretendere di farlo prevalere sul giudizio di bilanciamento che la Costituzione affida al proprio giudice costituzionale. Per questo è sorprendente e allarmante che un giudice costituzionale – come il *Tribunal Constitucional* nel caso Melloni²⁴ – si spogli della sua responsabilità e chieda alla Corte di giustizia se in base all'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia legittimo far prevalere la tutela dei diritti fondamentali della persona garantiti dalla Costituzione nazionale sulle norme e le garanzie accordate dall'UE.

4. Interpretazione conforme alla CEDU e agli altri trattati internazionali.

Com'è noto, le “sentenze gemelle” della Corte costituzionale²⁵ hanno differenziato con chiarezza la posizione dei Trattati e del diritto dell'UE da quella degli altri trattati internazionali, CEDU inclusa. Anche per questi vale l'obbligo di conformità imposto al legislatore ordinario dall'art. 117.1 Cost.: ma anche per questi vale il limite derivante dal principio di attribuzione.

Per la CEDU, in particolare, la Corte precisa molto opportunamente che essa presenta “*la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa*”. Però a quest'organo non si può riconoscere “*una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano*”. Il monopolio dell'interpretazione riconosciuto alla Corte EDU fa sì che la Convenzione “viva” nell'interpretazione data dalla Corte e che a essa debbano guardare i giudici nazionali e adeguarsi attraverso l'interpretazione conforme. Anche in questo caso, dunque, il canone dell'interpretazio-

stemica”, come argomenta T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Napoli 2014, 275-295: anche se a me pare consigliabile una certa prudenza nel leggere le sentenze che la Corte tedesca emana a seguito dei *Verfassungsbeschwerden* (cfr. *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, I, § 2.

²⁴ Su cui si veda C-399/11.

²⁵ Sent. 348 e 349/2007. Le citazioni che seguono sono tratte dalla prima decisione.

ne conforme deriva la sua prescrittività dall'ordine di esecuzione del trattato e dalla funzione che esso assegna alla Corte EDU. La "funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia" è definita dalle attribuzioni che a essa sono assegnate dalla Convenzione e sono delimitate alle "questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione" della Convenzione e dei suoi Protocolli(art. 32.1 CEDU).

Questo appare un punto rilevante. Nel sistema della Convenzione alla Corte è attribuita la competenza di interpretare le disposizioni relative ai diritti e alle libertà previste nella Carta avendo a riferimento il singolo caso a cui esse vanno applicate: può dire, ad esempio, se gli arresti domiciliari rientrano tra le "privazioni della libertà" considerate nell'art. 5.1 o se i diritti patrimoniali derivanti da concessioni amministrative siano da ricomprendere nella nozione di "proprietà" a cui si riferisce la tutela del Protocollo n. 1. Ma una cosa è interpretare i diritti e definirne il perimetro, un'altra è bilanciarli con altri interessi e diritti²⁶. Qui il discorso si complica.

La Corte EDU può compiere sempre dei bilanciamenti tra i vari diritti riconosciuti dalla Convenzione. In tutti i sistemi giuridici, e quello convenzionale non fa eccezione, la libertà di espressione è il campo in cui più frequente si fa ricorso a tecniche di bilanciamento con altri interessi (quali l'imparzialità dei giudici, la *privacy*, il diritto all'onore, la tutela del sentimento religioso e di altri diritti individuali, la sicurezza nazionale²⁷). Del resto, sta nel concetto stesso di "applicazione" l'individuazione dei criteri di prevalenza di un diritto sull'altro nello specifico caso sottoposto al giudice: benché la Corte – come sempre ripete – affronti problemi di applicazione della carta dei diritti *nel caso concreto*, e non in astratto²⁸, potrà fissare il significato di una determinata norma convenzionale in relazione alla fattispecie esaminata solo dopo aver valutato come quella norma debba conciliarsi con le altre norme convenzionali, riconoscendo *in astratto* le condizioni alle quali un interesse prevalga sull'altro. Spesso il ragionamento della Corte EDU è costruito su un doppio binario: da un lato si traccia la "topografia" degli interessi (o diritti) in gioco, accettando in astratto che uno interferisca sull'altro; poi si considera il caso di specie, per verificare se l'atto sottoposto ad esame sia o meno giustificabile secondo i test tipici del giudizio di bilanciamento²⁹. In questa seconda fase intervengono considerazioni e formule (come il "margine di apprezzamento", la "necessità della misura per

²⁶ Per questa distinzione cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992, 134.

²⁷ Cfr. tra le tante, *Sunday Times v. Regno Unito 1*, sentenza del 26 aprile 1979 (§ 55); *Von Hannover v. Germania*, sentenza del 24 giugno 2004 (pp. 58-60); *Otto-Preminger-Institute v. Austria*, sentenza del 29 settembre 1994 (§ 49); *Klein v. Slovacchia*, sentenza del 31 ottobre 2010 (§§ 45-49); *Sunday Times v. Regno Unito 2*, sentenza del 26 novembre 1991.

²⁸ Come ricorda puntualmente nelle sue decisioni: cfr. per es. *Pisano v. Italia*, sentenza del 24 ottobre 2002 (p. 48).

²⁹ Cfr. P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna 2007, 145 ss. (spec. § 5).

una società democratica” o la stessa “concretezza” del giudizio della Corte³⁰) che servono a salvaguardare una certa discrezionalità degli Stati membri nell'applicare la Convenzione³¹.

Ma il bilanciamento che si svolge all'interno dell'ordinamento costituzionale nazionale non può essere ridotto agli spazi definiti dalla Corte europea. Perché nella Costituzione italiana, per esempio, vi sono diritti e interessi che non trovano uno specifico riconoscimento nella CEDU³²: il che è facilmente comprensibile se solo si tiene conto della diversa origine e funzione storica che caratterizzano le due carte. Ragione per cui le valutazioni della Corte EDU non possono sovrapporsi o sostituirsi alle valutazioni delle corti nazionali.

Per esempio, restando sul tema del diritto di proprietà, la Corte EDU non si esprime di solito sull'interesse generale invocabile dallo Stato a giustificazione di propri atti espropriativi o limitativi dell'uso dei beni, perché in questo caso un ampio “margine di apprezzamento” dev'essere riservato allo Stato. La Corte EDU lo afferma con costanza, anche se tende a spiegare il “margine di apprezzamento” riconosciuto allo Stato per motivi, per così dire, pratici, in quanto le autorità nazionali sono “*mieux placées*” rispetto al giudice internazionale, soprattutto se si tratta di valutare l'interesse pubblico nell'ambito di politiche economiche³³. Ma non hanno ingresso soltanto ragioni di opportunità e di applicazione del principio di sussidiarietà: né entrano in considerazione solo o prevalentemente valutazioni relative alle situazioni di fatto, ovviamente meglio percepibili dai giudici nazionali, come spesso si insiste a ritenere³⁴. Il margine di apprezzamento è espressione che deve equivalere a riserva di bilanciamento: questo non è affatto esplicito nella giurisprudenza EDU, ma corrisponde al punto di

³⁰ Anche questa linea argomentativa può servire infatti a tutelare la discrezionalità applicativa degli Stati, come mette ben in rilievo G. P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2013, 274 s.; mentre, da un punto di vista inverso, di tale flessibilità si giova la stessa Corte europea, che non è assillata dal problema degli effetti delle proprie pronunce più drastiche, poiché essi saranno mediati dalle giurisdizioni nazionali: cfr. A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e il dilemma dell'effettività*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2012, 861 ss.

³¹ V. SCIARABBA (*Tra fonti e corti*, Padova 2008, 278) mette bene in luce che queste clausole svolgono nella giurisprudenza CEDU le stesse funzioni che svolge il richiamo alle “tradizioni costituzionali comuni” nella giurisprudenza della Corte di giustizia: “*quelle della «gestione»... del confine tra competenze decisionali (specialmente in tema di bilanciamento dei diritti confliggenti) «accentrate» a livello europeo e competenze «decentrate» a livello nazionale*”.

³² Cfr. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in *Foro amm.* 2007, 87 ss. (spec. 97 ss.); ID., *Costituzionalismo “irenico” e costituzionalismo “polemico”*, in *Giur. cost.* 2006, 1644 ss. (1661 ss.). Cfr. inoltre, con riferimento specifico al diritto di proprietà, A. GUAZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla Cedu e proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., 173-182; e con riferimento ai diritti sociali, A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino, G. Scala e G. Verde, Napoli 2013, 379 ss., nonché, dello stesso A., *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2013, 9 ss., dove si mettono a confronto i tre ordinamenti.

³³ Così per es. *Luczak vs. Polonia*, sentenza del 27 novembre 2007 (p. 48)

³⁴ Cfr. per es. J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of Human Rights*, Leiden – Boston 2009, 527 ss.

vista del giudice costituzionale³⁵. Come si è detto poc'anzi, anche la Corte EDU opera bilanciamenti tra i principi della Convenzione, ma in essi non possono entrare anche i principi contenuti nelle Costituzioni nazionali: per questi il bilanciamento *deve* essere riservato alle corti nazionali.

È quanto la Corte costituzionale ha espresso nella sentenza 264/2012: *“il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso... il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela”*. La Corte EDU *“è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco”*, mentre la Corte costituzionale *“opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata”*, e quindi, il bilanciamento è *“solo ad essa spettante”*.

È chiaro che alla Corte EDU resta sempre la possibilità, se adita, di controllare che il bilanciamento operato dalla corte nazionale non trasmodi dai suoi limiti, per esempio indebolendo la tutela di diritti che non possono essere mai compressi³⁶, invocando diritti o interessi non affatto adeguati, violando palesemente il canone della proporzionalità o accettando compressioni di un diritto che ne compromettano il contenuto essenziale. Ma anche questa ulteriore pronuncia della corte europea potrebbe essere poi rovesciata da una successiva pronuncia della corte nazionale: e così via. Siamo davanti ad un'ipotesi estrema, assai improbabile: ma questa è la conseguenza inevitabile della coesistenza di due sistemi giuridici che non sono perfettamente sovrapponibili né completamente integrabili, ciascuno dei quali è garantito da un proprio giudice *“apicale”*³⁷.

Il che si riflette, inevitabilmente, sul piano dell'interpretazione conforme. Nel momento stesso in cui la Corte costituzionale riconosce che essa stessa *“non può sostituire la propria*

³⁵ “Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”: Corte cost.264/2012 (p. 4.1).

³⁶ Gli Stati non hanno alcuna discrezionalità *“in matters of life and death, torture or slavery”*, osserva J. SCHOKKENBROEK, *The basis, nature and application of the margin-of-appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights*, in *H.R.L.J.*, 19, 1998, 33 s.

³⁷ Per questo non mi sembra conveniente adottare, per ridurre la complessità delle relazioni tra i due ordinamenti e i rispettivi giudici, la logica bidimensionale della prevalenza e della soggezione, come propone invece C. PADULA, *La Corte costituzionale ed i “controlimiti” alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1, Cost.*, in *federalismi.it*, § 5. Mentre ha ragione l'A. ad auspicare una maggiore chiarezza argomentativa da parte della Corte, non essendo chiaro se essa si riserva di bilanciare gli interessi protetti dalla Costituzione con il principio di prevalenza contenuto nell'art. 117.1 Cost. o piuttosto (come anche a me sembra senz'altro preferibile) con il principio enunciato dalla Corte EDU. Ma vi può essere chiarezza argomentativa nell'affrontare il problema di rapporti tra ordinamenti, rapporti che, nella loro dimensione teorica, sono offuscati dalla nuvola di mistero che avvolge densamente ogni discorso attorno alla sovranità? Sembra preferibile l'atteggiamento più sfumato e conciliante adottato dalle corti tedesca e britannica: cfr. D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2012, 148 ss. e A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti cit.*, § 6.

interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo", perché ciò la porterebbe a violare il preciso impegno assunto dallo Stato italiano aderendo alla Convenzione, aggiunge che essa è però tenuta "a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano", facendo delle norme prodotte dalla Corte EDU "oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sent. n. 317 del 2009)". In questa situazione, il canone dell'interpretazione conforme non può che obbligare il giudice a servire due padroni in potenziale dissenso, sperando che trovino finalmente un accordo.

5. Considerazioni conclusive

Abbiamo tre ordinamenti con rispettive "carte dei diritti", tre Corti preposte alla loro tutela, tre diverse *Weltanschauung*. La Corte di giustizia tutela un ordinamento che nasce e cresce nel e per il mercato³⁸; la Corte EDU è interprete di una Carta nata a difesa delle libertà classiche della tradizione liberale europea contro il risorgere delle dittature; la Corte costituzionale italiana è posta a garanzia dei difficili equilibri di un ordinamento che si ispira allo Stato sociale di diritto³⁹. Che le valutazioni di ciascun organo in merito alle precedenze tra i diritti possano divergere è, non un rischio, ma una certezza⁴⁰.

Siccome l'ordinamento giuridico e i suoi interpreti non amano la schizofrenia, si cerca di nascondere questa complessità potenzialmente conflittuale tessendo un mantello irenico con i fili del "dialogo", dell'integrazione e del perseguimento del livello più elevato di tutela dei

³⁸ Quanto questo influisca sul modo con cui la Corte di giustizia guarda ai diritti ho cercato di descriverlo in *Relazione finale*, in *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, a cura di A. Ciancio, Roma 2014, 497 ss. D'altronde è la stessa Corte di giustizia a sottolineare che "l'autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale esige che l'interpretazione di tali diritti fondamentali venga garantita nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione" (citando a conferma le sentenze *Internationale Handelsgesellschaft*, C-114/70, punto 4, e *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, C-461/08, punti da 281 a 285): così nel recente parere in merito all'adesione dell'UE alla CEDU (parere 2/13 del 18 dicembre 2014, p. 170).

³⁹ Com'è stato ben messo in evidenza (G. BARCELLONA, *Metamorfosi della sovranità e strategia dei diritti*, Troina, Enna 2010, 330 ss.), il "cammino comunitario" della nostra Corte costituzionale e l'elaborazione della dottrina dei controlimiti hanno corrisposto alla rinuncia a far valere come argine di tenuta la parte della nostra Costituzione che contiene la "costituzione economica" e i diritti sociali. Non è detto però che questa "competenza ridotta" debba considerarsi come una rinuncia definitiva e irreversibile da parte della Corte costituzionale. Per questo le "reazioni" della giurisprudenza costituzionale più recente, non sempre chiare nelle loro argomentazioni teoriche, vanno osservate con attenzione alla "sostanza" delle questioni trattate.

⁴⁰ Il diritto di proprietà sembra un buon banco di prova su cui mettere a confronto le diverse ottiche assunte dalle tre Corti, come posto in rilievo T. GUARNIER, *op. cit.*, 437-448. Il caso *Varvara*, oggetto di una recente ordinanza di remissione alla Corte costituzionale da parte della Cassazione penale (Reg. ord.209/2014), sarà un'occasione interessante per chiarire la visione del nostro giudice costituzionale: cfr. A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del "doppio binario" alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. Cost.* 2014, 3025 ss.

diritti⁴¹: “*un incremento di tutela – afferma per esempio la Corte costituzionale a proposito della CEDU⁴² -certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell’ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali*”.

Temo però che si tratti di una pietosa menzogna⁴³. I diritti tendono ad essere “a somma zero”, nel senso che l’aumento di tutela assicurato ad uno comporta una diminuzione di tutela per un altro⁴⁴. Lo riscontriamo nelle piccole come nelle grandi cose: il concetto stesso di “bilanciamento” esprime questo aspetto della gestione quotidiana dei diritti in cui si adoperano i giudici di tutto il mondo⁴⁵. L’aborto segna il doloroso conflitto tra l’interesse alla salute della donna e le aspettative del nascituro, così come ogni misura finanziaria fluttua tra quantificazione dei servizi sociali e interessi dei contribuenti; neppure espandere la liberalizzazione dei mercati è scelta priva di conseguenze negative su altri piani, come ci illustra l’icastica affermazione “*more market inevitably means less democracy*”⁴⁶.

In questo contesto, l’interpretazione conforme costituisce un rimedio che attenua il disagio della schizofrenia, ma non la guarisce. Così come opera per ridurre i contrasti interni a un ordinamento, può servire anche per migliorare i rapporti tra ordinamenti. Con una differenza però: mentre all’interno di un ordinamento la forza ordinatrice del criterio della gerarchia può guidare ad un’applicazione convincente e dirimente del canone dell’interpretazione

⁴¹ La critica alla visione “irenica” del costituzionalismo “multilivello” è ottimamente svolta da M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismi polemico*, in *Giur. Cost.* 2006, 1644 ss. (spec. 1660-1667). Tuttavia la teoria del *maximum standard* e la ricerca della “tutela più intensa” dei diritti restano un punto fermo acriticamente accolto nella letteratura in materia (si vedano per es. gli scritti di A. RUGGERI, quali, tra i più recenti, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Rivista AIC* 4/2013; *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forum QC – Rassegna* 11/2014; *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali*, in *Federalismi.it*, 18/2014)

⁴² Sent. 317/2009 (p. 8).

⁴³ Saggiamente A. GUAZZAROTTI (*La CEDU e l’Italia: sui rischi dell’ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. Cost.* 2013, 3657 ss.) indica il rischio che “a una moltiplicazione dei centri di tutela giurisdizionale dei diritti non segua un effettivo potenziamento delle garanzie delle libertà individuali e collettive”, ma anzi il rischio di una “contaminazione al ribasso” (1220 s.).

⁴⁴ Rinvio a *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Desafios para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, a cura di A. Peres Miras, G. Tuel Lozano, E.C. Raffiotta, Aranzadi, Madrid 2013, 91 ss.

⁴⁵ Mentre invece questo aspetto sembra sfuggire alla Corte di giustizia sin dalla sua fondamentale sentenza *Hauer* (C-44/79): come mette acutamente in luce J.H.H. WEILER (*Eurocracy and distrust*, in 61 *Wash. L. Rev.* 1103 (1986), 1128, il dichiarato obiettivo di perseguire “standard più elevati” di tutela di un diritto (quello di proprietà e di iniziativa economica, nello specifico) non significa nulla se non si tiene conto di quanta tutela è assicurata agli interessi concorrenti (l’interesse pubblico). Proprio il punto di bilanciamento tra interesse individuale e interesse sociale differenzia i diversi sistemi costituzionali, per cui una “tradizione costituzionale comune” è imprevedibile, il richiamo ad essa è un “*meaningless balm*”.

⁴⁶ N. LAWSON, *Dare more democracy - From steam-age politics to democratic self-governance*, Compass (www.compassonline.org.uk). In termini del tutto analoghi osserva D. RODRIK, *The Globalization Paradox*, New York – London 2011, che “*the greater the emphasis on deep economic integration, the less the room for national differences in social and economic arrangements, and the smaller the space for democratic decision making at the national level*”.

conforme, nei rapporti tra ordinamenti non è così. La complessità delle relazioni tra ordinamenti e la “non decidibilità” delle questioni relative alla precedenza di uno sull’altro rendono l’applicazione di questo fondamentale strumento di interpretazione mai completamente risolutiva delle antinomie.

Così, parlando delle modalità con cui opera un canone ormai affermato dell’ermeneutica giuridica, siamo finiti con parlare allo stesso tempo dei rapporti estremamente complessi che intercorrono tra ordinamenti giuridici. Niente di strano. Come è stato osservato, ogni corte che giudichi dell’azione di un altro organo esprime allo stesso tempo due valutazioni: giudica l’azione in questione e, esplicitamente o meno, si esprime sulle relazioni che intercorrono con quell’altro organo nel quadro costituzionale di divisione delle funzioni e delle responsabilità, quadro che non può essere sovvertito⁴⁷. Ciò emerge in tutta la sua evidenza dalla giurisprudenza di ognuna delle tre Corti prese in esame: la prescrittività del canone dell’interpretazione conforme è una funzione della priorità che viene assegnata ad un ordinamento sugli altri. Sulla scala delle priorità ognuna delle Corti ha la propria irriducibile opinione e, scrivendo le motivazioni delle proprie decisioni più impegnative sul piano “metodologico”⁴⁸, la comunica alle altre Corti. Sono *actiones finium regundorum*, o forse atti interruttivi dell’usucapione – anche se noi amiamo chiamarli “dialogo”.

⁴⁷ J. SCHOKKENBROEK, *op. cit.*, 30 s.

⁴⁸ La più recente delle quali è il nuovo *parere* negativo della Corte di giustizia in merito all’adesione dell’UE alla Cedu (citato *supra*, nota 38).