

Rivista N°: 2/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 15/05/2015

AUTORE: Antonio Ruggeri*

EFFETTI DIRETTI DELLE NORME EUROUNITARIE E COSTITUZIONE**

1. Una prima avvertenza, con riguardo a ciò che non è qui trattato e, segnatamente, ai casi in cui norme dell'Unione facciano da veicolo a norme internazionali (pattizie e non), determinandone la diretta efficacia in ambito interno: un'esperienza, questa, che dà conferma del fatto che il regime non è proprio degli atti bensì delle loro norme, un medesimo atto alle volte contenendo norme aventi natura ed efficacia diversa. – 2. Una seconda avvertenza, in merito alla distinzione tra efficacia ed applicazione diretta. – 3. La questione del fondamento della efficacia e dell'applicazione diretta delle norme dell'Unione e la sua ambientazione in prospettiva assiologico-sostanziale, alla luce del criterio della massimizzazione della tutela dei diritti (e, in genere, degli interessi) costituzionalmente protetti. – 4. I riflessi dell'esito teorico-ricostruttivo appena raggiunto sul modo di essere del primato del diritto eurounitario, la tendenza di ciascuna Corte, europea o nazionale, ad affermarsi sopra le altre e il bisogno che, di contro, le dinamiche della interpretazione-applicazione si informino, presso ogni sede istituzionale in cui hanno svolgimento, alla Grundnorm della miglior tutela, quale che sia la Carta in grado di apprestarla nei singoli casi. – 5. Le aporie della costruzione corrente, fatta propria dal giudice delle leggi, secondo cui le antinomie tra norme nazionali di primo grado e norme eurounitarie non self-executing debbano essere portate alla cognizione della stessa Corte costituzionale e la conferma che pure in siffatta evenienza il giudice comune si trova comunque a dover fare una qualche "applicazione diretta" delle norme eurounitarie suddette. – 6. Applicazione diretta ed interpretazione conforme: la varietà dei modi con cui esse possono reciprocamente combinarsi, concorrendo all'affermazione del diritto sovranazionale, l'anomala funzione "sussidiaria" talora svolta dall'una rispetto all'altra (con specifico riguardo ai casi in cui la seconda si fa veicolo della prima), il rischio connesso ad una ordinazione "verticale" delle Corti, che fatalmente farebbe di quella apicale un mostruoso potere costituente permanente, e il modo con cui può essere parato.

1. Una prima avvertenza, con riguardo a ciò che non è qui trattato e, segnatamente, ai casi in cui norme dell'Unione facciano da veicolo a norme internazionali (pattizie e non), determinandone la diretta efficacia in ambito interno: un'esperienza, questa, che

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Messina.

** Relazione all'incontro di studio su *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, Messina 5 maggio 2015, alla cui data lo scritto è aggiornato.

dà conferma del fatto che il regime non è proprio degli atti bensì delle loro norme, un medesimo atto alle volte contenendo norme aventi natura ed efficacia diversa

Una duplice, preliminare avvertenza.

Sono stato chiamato a trattare degli effetti diretti delle norme dell'Unione, mentre spetta ad altri colleghi partecipanti al nostro incontro di oggi l'esame degli effetti delle norme internazionali, scritte e non. E, tuttavia, la logica della rigida separazione dei campi materiali di esperienza, seppure aveva una tempo una qualche giustificazione, tende oggi perlopiù a perderla, pur non giustificandosi in alcun modo la piena sovrapposizione degli stessi (e la confusione degli oggetti che in essi si radicano). La tendenza maggiormente marcata è infatti nel segno della integrazione, la quale poi si rende particolarmente visibile sul terreno sul quale maturano le vicende relative alla salvaguardia dei diritti fondamentali. Le interferenze sono, dunque, molteplici ed inevitabili; e, per avvedersene, basti solo por mente alla circostanza per cui le norme eurounitarie – come a me piace chiamarle –, provviste di effetti diretti nel senso che si preciserà a momenti, si fanno non di rado veicolo di norme internazionali o di altro genere ancora, portandole con sé in ambito interno e dotandole pertanto della medesima efficacia che è loro propria.

Non occorre fare esempi a tutti noti, quale quello della sostanziale coincidenza di norme della Carta dei diritti dell'Unione e della CEDU o di altra Carta ancora, alle quali tutte può dunque essere riconosciuto l'attributo dell'applicazione diretta, sempre che ovviamente esso si consideri proprio (quanto meno di alcune) delle norme della Carta di Nizza-Strasburgo. Un riconoscimento che, proprio dal punto di vista del diritto costituzionale, non può negarsi, ove si ammetta in partenza che le stesse norme della Costituzione ne sono provviste e non di rado se ne sono avvalse, con specifico riguardo al caso in cui, facendo difetto norme di legge, nella pratica giuridica (specie giurisprudenziale) si è non infrequentemente assistito appunto all'applicazione in loro vece di norme della Costituzione (si rammentati, per tutti, il caso Englaro). Ed allora sarebbe ben strano che il riconoscimento in parola possa aversi a beneficio dell'una Carta (interna) dei diritti e non pure per altre Carte (di origine esterna) che con la prima condividono l'oggetto (i diritti), la funzione (la loro salvaguardia), la struttura nomologica degli enunciati (perlopiù fatti a maglie larghe o larghissime, pur se talvolta accompagnate da maglie più fitte, composte da regole anche puntuali, specie di procedura). Nel caso nostro, poi, come si è fatto altrove notare, a ben vedere la legge non manca, ancorché limitata alla posizione dell'ordine di esecuzione. È inoltre chiaro che, riscontrandosi la sostanziale coincidenza tra norme dell'Unione e norme internazionali pattizie, queste ultime vengono ad essere innalzate di grado, assurgendo a quello delle norme "paracostituzionali", proprio delle prime. Ma su ciò ancora meglio a breve.

Alle volte, poi, per il tramite della Carta dell'Unione si immettono norme non scritte della Comunità internazionale, le quali godono – come si sa – di per sé di effetti diretti. Il beneficio che si ha in conseguenza di siffatta immissione non si apprezza dunque tanto al piano sostanziale (degli effetti, appunto) quanto a quello processuale, degli strumenti di garanzia, la violazione delle norme in parola potendo essere denunciata davanti alla Corte dell'Unione e sanzionata nei modi previsti dallo stesso diritto eurounitario.

Possono altresì immettersi norme di altra provenienza. La circolazione dei modelli, al presente – com'è noto – particolarmente avanzata¹, fa sì che in ambito eurounitario pervengano norme di origine statale, fatte quindi oggetto di singolare rielaborazione ed adattamento alle peculiari esigenze dell'Unione stessa. D'altronde, le c.d. "tradizioni costituzionali comuni" – come tutti sanno – vengono a formazione proprio così². Dai serbatoi nazionali l'Unione (e, per essa, specificamente la Corte di giustizia) attinge materiali normativi e giurisprudenziali che, opportunamente "lavorati", si commutano in principi generali dell'Unione stessa e, in questa loro nuova veste, tornano negli stessi ambienti nazionali: con un moto – come si vede – circolare, di mutua alimentazione semantica, che si ricarica da se medesimo, in seno al quale è estremamente arduo individuare il marchio originario, al piano culturale, dei singoli elementi che, mescolati assieme, danno quindi vita a prodotti finali per mano dell'abile artigiano europeo, che nondimeno è debitore (culturalmente, appunto) di suggestioni ed indicazioni venute dagli ordinamenti nazionali.

Per l'aspetto ora considerato, a voler essere precisi, può dirsi che anche norme provenienti da uno o più ambienti statali possono risultare, in fin dei conti, provviste di effetti diretti in altri ambienti parimenti statali nei quali s'immettono dopo essere passate dall'Unione ed essersi qui *quodammodo* rigenerate³.

Di tutto ciò, ad ogni buon conto, qui non può dirsi oltre il breve cenno adesso fatto. Le analisi di specifico taglio culturale obbligano, infatti, ad una comparazione tra esperienze nazionali il cui esame non può essere (non dico fatto ma neppure) in modo congruo avviato in

¹ Uno speciale, crescente rilievo è, al riguardo, giocato, per diffuso riconoscimento, dalla comparazione (tra i molti altri, G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011; A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli 2012; S. ROMANO, *Nuove pratiche nell'interpretazione dei diritti costituzionali: i metodi comparativi*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 205 ss.; P. GORI, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della Corte EDU, recenti sviluppi*, in www.europeanrights.eu, 21 giugno 2013; AA.VV., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, a cura di T. Groppi - M.C. Ponthoreau, Hart Publishing, Oxford 2013; G. VITALE, *Principi generali e diritto derivato. Contributo allo studio del sistema delle fonti nell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2013; L. PEGORARO, in molti scritti, tra i quali, di recente, *Comparación y globalización (Las categorías del derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del derecho comparado)*, in AA.VV., *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, a cura di L.R. González Pérez - L. Raúl, Unam, México 2013, 265 ss.; M. CARDUCCI - P. RIBERI, *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino 2014).

² Se ne tratta, ancora da ultimo, nell'approfondito studio di O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero la incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 20 aprile 2015, 242 ss.

³ Non tratto poi qui dei rapporti "orizzontali", diretti, tra gli ordinamenti statali, quali quelli che ad es. si intrattengono ogni qual volta in decisioni giurisprudenziali si faccia richiamo ad indirizzi di giudici di altri Stati (particolarmente interessante è, al riguardo, il "dialogo" tra i tribunali costituzionali), dovendosi ora prestare attenzione unicamente alle norme dell'Unione ed ai loro effetti. È vero che, a rigore, non si ha qui "applicazione" di norme o sentenze straniere; l'influenza culturale, pur se varia da caso a caso, nondimeno rimane, spesso lasciando un segno non effimero nei processi interpretativi aventi ad oggetto disposizioni normative interne.

uno studio, quale quello che ora si intraprende, che ha ambizioni di ricerca assai più contenute e, di conseguenza, un raggio di escursione di campo necessariamente ridotto.

Le notazioni appena fatte danno nondimeno conferma – a me pare – di una tesi nella quale da tempo mi riconosco e che vedo essere viepiù avvalorata da indagini pure assai diverse tra loro per oggetto ed ambiti materiali di riferimento: quella per cui più che guardare alle *fonti ut sic*, specie per gli attributi formali che le connotano, occorre prestare attenzione alle *norme* dalle stesse prodotte⁴. Il regime giuridico, infatti, non è degli *atti* – come comunemente si pensa, con specifico riguardo agli atti di diritto interno – bensì delle loro *norme*, uno stesso atto potendo racchiudere norme di specie diversa, come tali idonee ad esprimere effetti parimenti diversi e ad acquisire un “posto” nel sistema di appartenenza dipendente da “qualità” intrinseche delle norme stesse ed apprezzabili – come qui pure si tenterà di mostrare per taluni aspetti – in prospettiva assiologicamente orientata, per il modo cioè con cui esse si riportano ai valori fondamentali concorrendo alla loro (maggiore o minore) realizzazione e salvaguardia e, perciò, godendo della “copertura” dagli stessi apprestata.

Di ciò ha dato, non molto tempo addietro, conferma la stessa giurisprudenza costituzionale (segnatamente, con riferimento al rilievo in ambito interno della CEDU), pur se in un quadro teorico complessivamente segnato da coordinate di base aventi formale fattura. Come si sa, infatti, la Consulta, per un verso, ha qualificato (e seguita a qualificare⁵) la CEDU fonte “subcostituzionale”; per un altro verso, tuttavia, ammette che essa possa dar voce a norme di diritto internazionale non scritto, in quanto tali provviste di rango costituzionale (pur con talune peculiarità alle quali si farà cenno più avanti). È la prova finale – come si vede – del fatto che uno stesso documento normativo può in sé racchiudere (e, non di rado, effettivamente racchiude) norme diverse per natura ed effetti. La qual cosa – come si tenterà di mostrare a breve – non è senza conseguenze per ciò che attiene al tema qui di specifico rilievo.

2. Una seconda avvertenza, in merito alla distinzione tra *efficacia* ed *applicazione diretta*

La seconda avvertenza attiene alla nozione stessa di “efficacia” diretta ed alla sua distinzione dall’“applicazione” diretta. A differenza di quest’ultima, la prima è infatti propria di ogni norma dell’Unione, nella sua ristretta e propria accezione con cui si denota l’idoneità della norma stessa a fare ingresso nell’ordine interno senza necessità di essere allo scopo recepita da un atto appartenente all’ordine medesimo. Le uniche norme che abbisognano di

⁴ D'altronde, è specificamente su queste ultime che la giurisprudenza dell'Unione invita a puntare l'esame al fine di stabilire se possa, o no, essere loro data diretta applicazione. Il criterio discrezionale è, dunque, di carattere sostanziale (o, forse meglio, strutturale-sostanziale), non formale (in argomento, per tutti, R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2014, 129 ss., spec. 166 ss., e, se si vuole, il mio *Le fonti del diritto eurounitario ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, cap. V, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁴, Giappichelli, Torino 2014, 268 ss.).

⁵ Ancora da ultimo, v. Corte cost. n. 49 del 2015.

esplicita ricezione sono – come si sa – i trattati che ad oggi richiedono di essere eseguiti con le forme costituzionalmente previste. Rammento al riguardo di aver recentemente proposto⁶ di eliminare questo residuo passaggio in cui si concreta la sovranità degli Stati (forse, davvero la sua ultima, emblematica espressione), in vista di un deciso e vistoso avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale⁷. Una innovazione che, con ogni probabilità, può aversi per due vie: o stabilendola in un trattato, per l'ultima volta recepito con ordine di esecuzione⁸, oppure introducendola con legge di revisione costituzionale.

Non varrebbe obiettare avverso il primo corno dell'alternativa che una previsione siffatta si porterebbe oltre la soglia consentita dai "controlimiti" e, dunque, esporrebbe la legge di esecuzione alla sua pressoché certa caducazione "*nella parte in cui...*". Ammesso infatti (ma non concesso) che si abbia qui il superamento di un principio fondamentale dell'ordinamento⁹, lo stesso dovrebbe dirsi anche per il caso d'innovazione operata con legge di revisione costituzionale. La qual cosa porterebbe a concludere che l'innovazione stessa non potrebbe aversi *mai*, se non appunto per mano di un nuovo potere costituente, il solo in grado di abbattere ogni ostacolo legale che dovesse incontrare lungo il proprio cammino in vista di potersi affermare appieno.

Senza poter ora trattare coi necessari approfondimenti la questione, teoricamente assai complessa, è sufficiente rilevare come in ogni caso – si acceda alla proposta suddetta ovvero se ne escluda la legittimità – l'obiettivo potrebbe risultare centrato alla sola condizione che la proposta medesima veda coagulare attorno a sé un diffuso e radicato consenso (se si vuole, una vera e propria acquiescenza) da parte di cittadini ed operatori che, dunque, l'accettino o, addirittura, la considerino necessaria in vista della compiuta maturazione del processo d'integrazione. È l'effettività, insomma, come sempre a farla da padrona, a chiudere la partita in un senso o nell'altro.

Come che vadano al riguardo le cose e restando ora al presente, resta ad ogni buon conto provata l'"efficacia" diretta, nel senso sopra precisato, di *tutte* le norme dell'Unione (con la sola eccezione appena indicata riguardante i trattati). Cosa diversa è poi che gli atti che le contengono richiedano quindi, al fine di poter sviluppare ed esprimere fino in fondo il proprio potenziale normativo, di essere seguiti e congruamente svolti da altri atti di diritto in-

⁶ ... nel mio *Per un adattamento automatico dell'ordinamento interno ai trattati "eurounitari"*, in AA.VV., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, a cura di A. Ciancio, Aracne, Roma 2014, 547 ss., nonché in *Rivista AIC*, 2/2014.

⁷ Non si trascuri, peraltro, che – a stare alla proposta in parola – la sovranità degli Stati ha ugualmente modo di farsi valere, dal momento che condizione necessaria per il suo accoglimento è che si offra l'opportunità agli Stati stessi (e, segnatamente, ai Parlamenti nazionali) di poter far sentire la loro voce in occasione dell'esame dei trattati (e delle loro modifiche), ancora prima che essi siano varati in ambito eurounitario.

⁸ È ovvio che il trattato con cui sono poste nuove norme sulla normazione dei trattati medesimi è tenuto a venire a formazione nel rispetto dei vecchi canoni dallo stesso innovati, altrimenti non sarebbe riconoscibile come idoneo a far luogo all'innovazione medesima e sarebbe dunque irrimediabilmente viziato per il profilo formale-procedimentale.

⁹ Ma, poi, di quale principio si tratterebbe? Di quello di sovranità, che è già considerata soggetta a limiti dall'art. 11?

terno. L'atto "direttivo" (in senso largo) è nondimeno pur sempre "efficace" in ambito interno, quanto meno per gli organi della produzione giuridica, altrimenti non si attiverebbe neppure l'obbligo della loro attuazione da parte degli stessi; peraltro, già prima dello spirare del termine previsto per la trasposizione dell'atto stesso in ambito interno, da esso possono discendere effetti di vario genere, che sollecitano comportamenti, attuosi e non, da parte degli Stati in conformità al principio di "leale cooperazione"¹⁰, ad alcuni dei quali peraltro si farà specifico riferimento più avanti, trattando delle esperienze d'interpretazione conforme.

L'"applicabilità", diversamente dalla efficacia che è attribuito in primo luogo degli atti e secondariamente (e di riflesso) delle loro norme, è dunque qualità esclusiva di queste ultime, con la conseguenza che uno stesso atto può essere immediatamente applicabile solo in parte, in alcune sue norme e non pure per altre, come pure per tutte o, all'opposto, per nessuna. La qual cosa conferma nuovamente quanto si faceva poc'anzi notare ad altro riguardo, e cioè che il sistema, anche nelle sue proiezioni al piano delle relazioni esterne, è sempre e soltanto *sistema di norme*, per il modo con cui queste ultime si presentano in struttura e funzione, combinandosi reciprocamente e, appunto, facendo e senza sosta rinnovando il sistema medesimo.

3. La questione del fondamento della efficacia e dell'applicazione diretta delle norme dell'Unione e la sua ambientazione in prospettiva assiologico-sostanziale, alla luce del criterio della massimizzazione della tutela dei diritti (e, in genere, degli interessi) costituzionalmente protetti

Si pone, a questo punto, una prima, particolarmente rilevante questione, a riguardo di quale sia il fondamento tanto della efficacia quanto dell'applicazione diretta. La risposta che comunemente si dà, dal punto di vista del diritto interno, è – come si sa – nel senso che esso si rinvienga nell'art. 11 cost.

Questa tesi è vera e falsa allo stesso tempo. È l'una cosa per il fatto che, senza la mediazione necessaria del disposto costituzionale ora richiamato, il primato del diritto dell'Unione, nei limiti che si diranno, non troverebbe giustificazione, *perlomeno allo stato attuale del processo d'integrazione sovranazionale*, in cui l'Unione stessa non è in grado di portare ad effetto i propri atti senza la necessaria e costante cooperazione degli Stati, disponibili alle necessarie limitazioni della propria sovranità conseguenti all'adozione degli atti stessi.

Ora, l'art. 11 si limita a stabilire che la sovranità dello Stato può (e, a mia opinione, deve) andare incontro a limiti in funzione della salvaguardia della pace e della giustizia tra le Nazioni; non dice però *come* tali limitazioni possono concretarsi: sono i trattati (ieri comunitari ed oggi) eurounitari a dare le necessarie indicazioni al riguardo.

¹⁰ Su ciò, da ultimo, C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 55 ss.

Questo significa che non si dà un rapporto di consequenzialità diretta tra il principio della *limitabilità in astratto* della sovranità e le regole che stabiliscono le modalità della *limitazione in concreto* della stessa, le quali possono variare, così come variano, in ragione delle opzioni al riguardo fatte dalle stesse norme che le prevedono.

Non persuade, dunque, quella giurisprudenza costituzionale che, a partire dalle sentenze “gemelle” del 2007, ha escluso la “copertura” dell’art. 11 a beneficio della CEDU, nel timore che il suo riconoscimento avrebbe portato *ipso iure* all’applicazione diretta della Convenzione. Quest’ultima, infatti, può non avere – come la stessa giurisprudenza ritiene (e, sulla sua scia, quanti ne condividono l’orientamento) – l’attitudine ad essere portata ad immediata applicazione e, ciò nonostante, essere provvista della protezione offerta dall’art. 11¹¹, e viceversa: potrebbe essere giudicata idonea ad essere subito applicata e non godere della protezione dell’art. 11 ma unicamente di quella dell’art. 117, I c.¹².

Ci si può chiedere, per quanto la cosa, ad una prima (ma erronea) impressionare, sembri non essere qui di specifico rilievo al fine della ricostruzione che si va facendo, quale utilità possenga accertare se la CEDU o altri documenti normativi ancora, diversi da quelli prodotti dall’Unione, siano protetti *anche* dall’art. 11, oltre che dall’art. 117.

La questione può avere una duplice ambientazione, a seconda che ad essa si guardi in prospettiva formale-astratta ovvero in prospettiva assiologico-sostanziale.

Dalla prima, come si sa usualmente adottata da quanti studiano le relazioni tra fonti interne e fonti internazionali e sovranazionali, interrogandosi a riguardo della loro composizione in sistema, è agevole concludere nel senso che la copertura offerta dall’art. 117 può essere spesa unicamente al piano dei rapporti che le fonti di origine esterna intrattengono con le leggi comuni, statali e regionali. Di contro, la copertura di cui all’art. 11, proprio perché discendente da un principio fondamentale dell’ordinamento costituzionale, potrebbe valere nei rapporti con le stesse leggi costituzionali, obbligate a prestare ossequio alle norme di origine esterna a pena della loro invalidità, in lineare svolgimento della nota teoria dei limiti alla revisione costituzionale.

Dalla seconda prospettiva, invece si coglie con molta chiarezza come nessuna sistemazione – come si avvertiva poc’anzi – possa aversi fermandosi al solo esame degli *atti*, per la veste formale di cui ciascuno di essi, in base al tipo di appartenenza, è dotato, occorrendo piuttosto andare oltre la crosta delle forme e penetrare dentro la sostanza in esse racchiusa, guardare cioè alle *norme*, alla loro struttura, ai modi con cui, in ragione dei casi, si rapportano ai valori e ne assicurano il maggiore o minore inveroamento nell’esperienza.

L’art. 11 o lo stesso art. 117 restano, dunque, muti per ciò che riguarda tanto l’efficacia quanto l’applicazione delle norme dell’Unione, come di ogni altra norma ancora.

¹¹ ... la quale, infatti, non a caso, vale altresì per le norme dell’Unione non *self-executing*.

¹² Segnalo di passaggio che, a mia opinione, è da scartare tanto la tesi di coloro che negano potersi fare in alcun caso applicazione diretta della CEDU, quanto quella opposta, favorevole a che l’applicazione stessa sia abbia sempre. In realtà, si danno dei casi in cui l’applicazione è possibile (ed, anzi, doverosa), quale quello dietro accennato di sostanziale coincidenza tra norma convenzionale e norma della Carta di Nizza-Strasburgo *self-executing*, ed altri invece in cui è giocoforza il passaggio attraverso il giudizio della Consulta.

Piuttosto, con specifico riguardo al terreno elettivo in cui maturano le vicende relative alla tutela dei diritti fondamentali, sono gli artt. 2 e 3, espressivi di quella che si è altrove definita la *coppia assiologica fondamentale*, composta da libertà ed eguaglianza, a stabilire di volta in volta a quale norma o sistema di norme debba essere data la precedenza rispetto ad altre norme con le prime in conflitto¹³. Si tratta infatti di accertare da dove venga il miglior servizio, alle condizioni oggettive di contesto, ai valori suddetti: è questo il “filtro” che consente, in primo luogo, di considerare immesse in ambito interno le norme di origine esterna (internazionali o eurounitarie che siano) e, in un secondo momento, di stabilire se possa, o no, farsene subito applicazione.

Se n'è avuta una particolarmente significativa testimonianza, ancora di recente, nella famosa sent. n. 238 del 2014: una decisione – come si sa – molto discussa (e, invero, per più aspetti, discutibile), alla quale non sono state risparmiate critiche anche penetranti da più parti e di vario segno. Una decisione, tuttavia, di notevole rilievo, perché ha dato conferma che possono darsi casi in cui norme astrattamente idonee a fare ingresso nell'ordine interno senza necessità di apposita ricezione da parte di atto di quest'ultimo sono condannate invece a restarne fuori ove si accerti la loro irriducibile, frontale opposizione rispetto a principi fondamentali della Carta costituzionale.

Non è di qui, ovviamente, discutere in applicazione di quali criteri possano separarsi i casi di mera *incostituzionalità*, quale causa d'illegittimità costituzionale rilevabile coi consueti strumenti di cui la Corte dispone e che possono portare all'annullamento di norma viziata, dai casi di *anticostituzionalità*, quale causa di vera e propria inesistenza (e non di mera invalidità) di norma confliggente con questo o quel principio¹⁴. È sufficiente qui tener ferma la regola, fatta propria dal giudice delle leggi, secondo cui il *genus* della “contrarietà” a Costituzione (in larga e, se si vuole, generica accezione) comprende forme e gradi diversi: da quello “forte” della radicale inesistenza all'altro “debole” della invalidità in senso stretto¹⁵, la quale ultima soltanto comporta la caducazione della norma viziata ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 136 cost. e 30, l. n. 87 del 1953.

Sta di fatto che, a giudizio della Consulta, solo un parametro ed un criterio di fattura assiologico-sostanziale possono, dunque, stabilire se possa, o no, darsi ingresso ad una norma di origine esterna, quale ne sia il “posto” in ambito interno e, alla luce della sua struttura, se possa, o no, farsene subito applicazione.

Di qui, ancora una conferma della tesi, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui non può darsi accoglienza alla nota teoria dei “controlimiti”, laddove intesa – come comu-

¹³ Insistito, specie nell'ultima giurisprudenza costituzionale (ad es., in sentt. nn. 10 e 49 del 2015), il riferimento al “sistema”, dovendosi in occasione di una singola vicenda processuale prestare attenzione non al singolo diritto in campo bensì all'insieme (al “sistema”, appunto) degli interessi costituzionalmente protetti.

¹⁴ I termini d’“incostituzionalità” ed “anticostituzionalità” sono ripresi da A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.

¹⁵ Di una invalidità *in senso forte* e di una *in senso debole*, rispettivamente riferite alla nullità-inesistenza ed alla annullabilità delle norme che ne siano affette, discorre R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

nemente la si intende – in prospettiva formale-astratta, assumendosi cioè che *per sistema* alcune norme di origine esterna debbano comunque recedere davanti a norme interne con esse incompatibili, ove sia provato il contrasto delle prime con questo o quel principio fondamentale.

In realtà, il criterio della massimizzazione della tutela, con singolare evidenza enunciato in Corte cost. n. 317 del 2009 e quindi sovente ripetuto, mostra come nessuna fonte possa in partenza vantare la pretesa di affermarsi a discapito di altre, esclusivamente a motivo della sua provenienza o della sua forma, dovendo piuttosto ricercare al piano delle norme, per i contenuti di cui si doti, il modo di farsi valere, dando dunque prova di innalzare il livello della tutela dei diritti (e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti) rispetto a quello fissato da altre norme con le prime “concorrenziali”. Nulla infatti esclude che una norma sia fatta salva in sede di controllo della sua validità, pur laddove la stessa urti con questo o quel principio e, ciò nonostante, offra alla Costituzione come “sistema” un servizio ancora più adeguato di quello che si avrebbe laddove essa dovesse venire meno. Si tratta, dunque, sempre e soltanto di ricercare la soluzione più idonea a consentire alla Costituzione di affermarsi *magis ut valeat*, per riprendere qui, ancora una volta, l’efficace formula crisafulliana¹⁶.

4. I riflessi dell’esito teorico-ricostruttivo appena raggiunto sul modo di essere del primato del diritto eurounitario, la tendenza di ciascuna Corte, europea o nazionale, ad affermarsi sopra le altre e il bisogno che, di contro, le dinamiche della interpretazione-applicazione si informino, presso ogni sede istituzionale in cui hanno svolgimento, alla *Grundnorm* della miglior tutela, quale che sia la Carta in grado di apprestarla nei singoli casi

¹⁶ Il criterio della massimizzazione della tutela, ora richiamato, è stato fatto oggetto di una critica radicale da parte di una dottrina che ha negato la stessa comparabilità delle tutele rispettivamente offerte dalle Carte internazionali e dalla Carta costituzionale (di recente, R. BIN, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 1/2015, spec. al § 5). La tesi qui patrocinata (e ripresa da studi precedenti) è invece nel senso che, proprio facendo riferimento al “sistema” dei beni della vita costituzionalmente protetti (e, perciò, delle norme che ne danno la regolazione), considerato in prospettiva assiologicamente orientata, possa stabilirsi dove si situi il punto di sintesi maggiormente elevato in ragione del caso [maggiori ragguagli possono, volendo, ora aversi dal mio *Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi*, in *Diritti fondamentali*, 24 marzo 2015, spec. al § 5; cfr. al mio punto di vista quelli di G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure *ivi*, L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, e C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali (prime notazioni)*, spec. al § 3; inoltre, di recente, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in *A-A.VV., Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, cit., 126 ss. e 168 ss.].

Tutto ciò, nondimeno, secondo modello, quale appunto risultante dal sistema di cui agli artt. 2, 3, 10 ed 11, nel loro porsi in rapporto coi principi fondamentali restanti. Ed è interessante notare che al medesimo esito si perviene anche adottando un punto di vista esterno rispetto a quello costituzionale, secondo quanto avvalorava l'art. 53 sia della CEDU che della Carta di Nizza-Strasburgo, dove è ritagliato per le Carte stesse un ruolo meramente sussidiario, valevole esclusivamente nei casi in cui la tutela da esse offerta ai diritti risulti maggiormente avanzata di quella che si ha in ambito interno.

In realtà, come si è tentato di mostrare in altri luoghi di riflessione scientifica¹⁷, il criterio della miglior tutela, portato fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, richiede che, prima ancora di effettuare un confronto tra norme (o "sistemi" di norme) separatamente considerati, sia portato a frutto già in sede di ricostruzione dei significati posseduti da ciascuna Carta, facendosi luogo alla integrazione dei materiali normativi da essi apprestati e, segnatamente, ad una *interpretazione circolarmente conforme* delle Carte stesse. Solo così, infatti, anziché dover far luogo ad una scelta esclusivizzante, in applicazione della "logica" dell'*aut-aut*, può prender corpo la congiunta, simultanea applicazione di tutte le Carte, *reciprocamente integrate nell'interpretazione*¹⁸. Solo in casi-limite, davvero eccezionali, nei quali si dimostri la divergenza, non già la convergenza o la stessa immedesimazione, delle Carte ci si troverebbe pertanto costretti alla sofferta scelta dell'una in vece dell'altra Carta.

Purtroppo, l'esperienza insegna che i casi del suo scostamento rispetto al modello, quale qui succintamente rappresentato, sono assai più frequenti di quanto sarebbe ragionevole attendersi.

Voglio essere franco. Non sono le Carte ma le Corti che determinano quest'esito; e ciò, a motivo della tendenza manifestata da ciascuna di esse e volta alla loro piena, incondizionata affermazione.

Si tratta di un'autentica esibizione di miopia istituzionale, frutto di un nazionalismo o patriottismo costituzionale altrove definito "ingenuo ed infecondo"¹⁹ e, a conti fatti, perdente proprio per la Carta di cui ciascuna Corte è garante. Non ci si avvede, infatti, del fatto che, pur laddove in quei casi-limite, di cui un momento fa si diceva, una Carta dovesse farsi da parte per cedere il campo ad altra in grado di portare più in alto il livello della tutela in ragione delle esigenze complessive del caso, proprio allora la Carta apparentemente recessiva avrebbe modo di esprimersi e farsi valere al meglio di sé: nei valori transeporali di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità) e, in genere, nei valori costituzionali nel loro fare "sistema"²⁰.

¹⁷ Di recente, nella mia *op. et loc. ult. cit.*

¹⁸ ... secondo la pregnante indicazione al riguardo data da Corte cost. n. 388 del 1999.

¹⁹ Ancora la mia *op. ult. cit.*, § 6.

²⁰ Adopero qui il termine "costituzionale" in senso materiale, riferendolo dunque anche alla CEDU, alla Carta dell'Unione ed alle Carte dei diritti in genere, che dalla Costituzione ripetono proprio l'essenza e la funzione qualificante, al servizio di quei diritti fondamentali che, secondo l'aurea e ad oggi attualissima indicazione dell'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789, sono l'essenza di una Costituzione (nell'accezione liberale del termine), fanno la Costituzione ed incessantemente la rinnovano.

Una miopia di cui abbiamo purtroppo molte, anche recenti o recentissime, testimonianze.

Da un canto, le Corti europee, quale per un verso e quale per un altro, manifestano l'impulso irrefrenabile di puntare decisamente alla propria piena affermazione, al proprio primato sopra le altre. Lo ha fatto molte volte la Corte EDU, pur dichiarando di voler far poggiare sul "consenso" degli Stati aderenti alla Convenzione la propria giurisprudenza al fine di renderla da questi accettabile: una tecnica decisoria, questa, che – come si sa – appare essere connotata da frequenti oscillazioni e fatta oggetto di elastici e non sempre lineari svolgimenti retorico-argomentativi²¹. E lo ha fatto anche la Corte dell'Unione, che pure dovrebbe sentirsi obbligata a considerare e trattare i principi di struttura dei singoli ordinamenti nazionali (e non, dunque, le sole "tradizioni costituzionali comuni") quale parametro bisognoso di essere comunque osservato dalle norme dell'Unione, non foss'altro che per il fatto che la loro violazione ridonderebbe automaticamente in lesione del principio fondamentale dell'Unione che fa ad essi rinvio e da essi dunque trae consistenza ed alimento. E basti solo rammentare il modo risoluto, praticamente incondizionato, con cui è stato ripetutamente affermato il principio del primato del diritto sovranazionale (con particolare vigore, ad es., in *Melloni*²²) o pensare a quante e quali condizioni siano state, ancora da ultimo, poste nel parere sull'adesione dell'Unione alla CEDU²³, tali in ogni caso da mettere al riparo il diritto eurounitario, quale "autenticamente" interpretato dalla stessa Corte di giustizia, da ogni possibile sindacato circa la sua conformità alla Convenzione svolto a Strasburgo. Condizioni, dunque, praticamente impossibili, che a conti fatti – a me pare – aggirano il precetto dell'art. 6 del trattato di Lisbona che, prevedendo l'adesione suddetta, la prescrive (o, meglio, prescrive che le relative trattative si svolgano senza alcun preorientamento ideologico e con reciproca disponibilità, in svolgimento del canone della "leale cooperazione").

²¹ Riferimenti in G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *www.europeanrights.eu*, 11 gennaio 2013, e R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*², Aracne, Roma 2014, spec. 214 ss. Sulla dottrina del margine di apprezzamento, tra i molti altri, v. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013, e, con specifico riguardo alle prospettive aperte per la sua ulteriore valorizzazione dal prot. 15, E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1021 ss.; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.

²² Sul caso, assai noto, riferimenti, da ultimo, in A. BARAGGIA, *La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra Corti: "epifanie" di una Unione dai tratti ancora indefiniti*, in *Rivista AIC*, 2/2015, § 4.

²³ ... su di che, da ultimo, I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, Giuffrè, Milano 2015.

Da un altro canto, la Corte costituzionale, nella stessa pronunzia, sopra richiamata, con cui ha affermato che Costituzione e Carte dei diritti “si integrano reciprocamente nella interpretazione” ha tenuto a rivendicare con orgoglio che “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, e *non meno intensa garanzia*, nella Costituzione”. Per altro verso, muovendo dall’assunto che la CEDU (e – viene da pensare – ogni altra Carta internazionale) ha rango “subcostituzionale”, la Corte è pervenuta, molto di recente, coerentemente all’esito per cui l’interpretazione della legge conforme a Convenzione è in ogni caso obbligata ad adattarsi, nel caso che l’indirizzo interpretativo delineato a Strasburgo non risulti “consolidato”, all’interpretazione conforme a Costituzione, mentre laddove esso sia “consolidato” sarebbe fatto divieto al giudice comune di discostarsi da esso, allo stesso tempo dovendo però denunciare l’illegittimità costituzionale della norma convenzionale “vivente” (*rectius*, la relativa norma interna di esecuzione) davanti allo stesso giudice costituzionale²⁴.

Passando da un ambito materiale di esperienza all’altro, è da chiedersi se questa indicazione possa, almeno in parte, valere anche al piano dei rapporti tra Carta dei diritti dell’Unione e Costituzione.

Ora, poiché lo stesso diritto eurounitario in genere è ritenuto soggetto all’osservanza dei principi di base dell’ordinamento costituzionale (i c.d. “controlimiti”), se ne ha che, a giudizio della Consulta, l’interpretazione conforme al diritto suddetto (e, per ciò che qui più da presso importa, alla Carta di Nizza-Strasburgo) potrebbe farsi valere rispetto all’interpretazione conforme a norme costituzionali inespressive di principi fondamentali, ma sarebbe costretta a recedere davanti all’interpretazione conforme ai principi suddetti. L’ordinazione “verticale” delle fonti, comunque nella sua essenza delineata anche con riguardo ai rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, non lascia scampo a quest’esito, come si è venuti dicendo inaccettabile nelle premesse metodiche ancora prima che nei conseguenti svolgimenti teorico-ricostruttivi. È poi vero che, ad avviso della Consulta, diversa è l’intensità del vincolo discendente, rispettivamente, dalla giurisprudenza eurounitaria e da quella convenzionale: un diverso trattamento, con ogni verosimiglianza, discendente dal previo riconoscimento fatto a beneficio delle pronunzie della Corte di giustizia quali vere e pro-

²⁴ Sent. n. 49 del 2015, dietro cit. [notazioni critiche a riguardo della distinzione in parola, fondata sulla “sostanza” della giurisprudenza convenzionale, possono, volendo, vedersi nel mio *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2015; altri punti di vista, nella stessa *Rivista*, in F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, nonché, pure *ivi*, in V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, 13 aprile 2015, e R. CONTI, *La CEDU assediata? (Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 10 aprile 2015, 181 ss. Inoltre, P. MORI, *Il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *www.sidi-isil.org*, 15 aprile 2015, e D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 aprile 2015].

prie fonti del diritto di rango “paracostituzionale” (o costituzionale *tout court*), laddove le pronunzie della Corte di Strasburgo – come si è appena rammentato – sarebbero vincolanti unicamente nella loro “sostanza”. Non si trascuri, tuttavia, la circostanza per cui anche tali pronunzie sono state *quodammodo* assimilate alle fonti del diritto, tant’è che in una recente, nota vicenda sono state trattate a mo’ di uno *ius superveniens*²⁵.

Non è questo però il punto. Resta il fatto che, una volta stabilito essere inderogabili i principi fondamentali di diritto interno da parte di qualsivoglia norma di origine esterna (e, come sappiamo, anche interna), obbligata è la conseguenza per cui ogni specie d’interpretazione conforme alle norme in parola debba comunque recedere davanti all’interpretazione conforme ai principi medesimi.

Questo ragionamento presenta tuttavia un duplice difetto congenito, che ne incrina le basi e rende perciò incerta l’intera costruzione teorica sulle stesse poggiate.

Per un verso, come si è veduto, merita di essere messa in discussione la categoria dei “controlimiti”, perlomeno per il modo con cui è comunemente intesa e fatta valere dal giudice costituzionale. La *Grundnorm*, che è poi a ben vedere anche il *Grundwert* dell’ordinamento, costituita dalla ricerca della miglior tutela possibile della Costituzione come “sistema” in ragione del caso porta infatti – come si è dietro accennato – ad ammettere la evenienza che una norma (non importa, dal mio punto di vista, se interna o esterna), pur recando offesa ad un principio fondamentale, possa ugualmente uscire assolta da un giudizio di costituzionalità laddove si dimostri che essa reca comunque un servizio all’insieme dei principi fondamentali e che, perciò, la “situazione normativa” conseguenziale al mantenimento in vigore della norma in parola sia pur sempre da preferire a quella che si avrebbe con la caducazione della stessa. Ovviamente, vale anche l’inverso; e potrebbe alle volte rendersi necessario annullare una norma che pure rechi un servizio ad un principio fondamentale e però ne ferisca altri, al punto di doversi appunto pervenire all’accoglimento della questione avente ad oggetto la norma stessa.

Il giudice costituzionale, insomma, fa luogo sempre ad operazioni di bilanciamento anche di tipo diacronico, soppesando la “situazione normativa” presente (con la norma *sub iudice* in vigore) con la “situazione normativa” futura (con la eventuale caducazione della norma *de qua*). Solo che, così stando le cose, non si vede perché tutto ciò non possa valere anche al piano dei rapporti tra “sistemi”, ammettendo pertanto che possano aversi *bilanciamenti interordinamentali*, sempre e soltanto avendo di mira l’obiettivo del conseguimento del miglior assetto normativo possibile, alla luce del canone fondamentale della massimizzazione della tutela²⁶.

²⁵ Mi riferisco alla ord. n. 150 del 2012 (in tema di fecondazione medicalmente assistita), con la quale la Corte ha restituito gli atti ai giudici *a quibus* per una nuova valutazione della rilevanza delle questioni da essi sollevate, per effetto della sopravvenienza di una decisione della Grande Camera.

²⁶ Maggiori ragguagli su questa specie peculiare di bilanciamenti possono, se si vuole, aversi dal mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 1/2011.

Per un altro verso, l'idea stessa di separare a colpi d'accetta l'una dall'altra specie d'interpretazione conforme sembra teoricamente artificioso. E, invero, viene difficile pensare che il giudice debba dapprima recarsi a Lussemburgo e/o a Strasburgo (peraltro, non si capisce se prima nell'una ovvero nell'altra sede²⁷) per poi, se del caso, tornare indietro e recarsi a Roma verificando se i frutti portati dall'estero possano essere conservati e utilizzati in patria ovvero se debbano essere rigettati in quanto non commestibili o, diciamo pure, velenosi. Si smarrisce, tuttavia, in tal modo proprio l'essenza del processo interpretativo: il suo svolgersi in un unico ed unitario percorso, in seno al quale non v'è, non può esservi, alcun *prius* o *posterius*, per la elementare ragione che tutte le Carte possono giocarsi la partita alla pari nello sforzo da ciascuna prodotto di servire al meglio la Costituzione come "sistema", in ispecie la sua coppia assiologica fondamentale suddetta.

5. Le aporie della costruzione corrente, fatta propria dal giudice delle leggi, secondo cui le antinomie tra norme nazionali di primo grado e norme eurounitarie non *self-executing* debbano essere portate alla cognizione della stessa Corte costituzionale e la conferma che pure in siffatta evenienza il giudice comune si trova comunque a dover fare una qualche "applicazione diretta" delle norme eurounitarie suddette

²⁷ Questione, questa, teoricamente spinosa e, nondimeno, di straordinario pratico rilievo, che richiederebbe di essere trattata in uno studio ad essa specificamente dedicato. Per quanto qui se ne può dire, a me pare che non possa essere come si conviene impostata facendo riferimento alla circostanza per cui alle norme eurounitarie è riconosciuta in ambito interno una efficacia (di rango "paracostituzionale") di cui – a giudizio della Corte – non sarebbero invece dotate le norme della Convenzione; e ciò, per plurime e convergenti ragioni.

Per un verso, infatti, la stessa Costituzione è considerata superiore, in ogni sua norma, alla Convenzione e, sia pure nei soli principi fondamentali, al diritto dell'Unione. Ciò nonostante, come conferma da ultimo la sent. n. 49 del 2015, il giudice sarebbe ugualmente tenuto, in un primo momento, a verificare la praticabilità dell'interpretazione conforme alla Convenzione stessa, salvo poi a non metterla in atto laddove l'esito dovesse risultare incompatibile con la (interpretazione conforme a) Costituzione. Allo stesso modo, anche la c.d. pregiudizialità "comunitaria" dovrebbe, ad avviso del giudice delle leggi, precedere – come si sa – la pregiudizialità costituzionale. Dunque, preminenza di una fonte rispetto ad un'altra ed ordine temporale dell'interpretazione conforme non vanno di pari passo.

Per un altro verso, ove si guardi a siffatte esperienze da una prospettiva assiologico-sostanziale, quale quella qui pure adottata, ci si avvede che la costruzione dalla comune dottrina e dalla giurisprudenza ormai invalsa teoricamente eretta, secondo cui alle fonti eurounitarie in genere sarebbe da riconoscere un rango più elevato di quello posseduto dalla Convenzione, può essere addirittura ribaltata su se stessa, quanto meno con riguardo a norme dell'Unione inespresse di diritti fondamentali, nel mentre a queste ultime – come si viene dicendo – non può farsi alcun trattamento differenziato in partenza, per partito preso, esclusivamente in ragione della provenienza o della forma delle norme stesse, tutte le Carte, internazionali e non, potendosi confrontarsi alla pari puntando alla propria affermazione in ragione del caso ed alla luce del criterio della massimizzazione della tutela. La qual cosa, poi, rende, per la sua parte, conferma che l'interpretazione o è *circolarmente conforme* oppure, semplicemente, non è, senza dunque che si dia alcun ordine temporale o gerarchico tra l'una e l'altra specie d'interpretazione ed, anzi, senza che esse possano essere innaturalmente separate tra di loro (per alcune anticipazioni sul punto, può, volendo, vedersi il mio *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in *Rivista AIC*, 2/2014).

Ammesso, dunque, che in relazione ad una fattispecie data ricorrano i presupposti per l'affermazione del primato del diritto eurounitario sul diritto interno, si tratta quindi di vedere a mezzo di quali modalità esso possa prendere corpo.

Qui, viene specificamente in rilievo la questione dell'applicabilità diretta delle norme dell'Unione: una qualità che – come si diceva – prescinde dalla forma degli atti e che è propria unicamente delle norme, secondo quanto è ormai riconosciuto all'unisono tanto dal giudice dell'Unione quanto dai giudici nazionali (e, per ciò che qui più da presso importa, dal nostro giudice delle leggi).

È interessante notare come non sia al riguardo risolutivo il modo di essere della struttura degli enunciati al fine di conferire alle norme da essi espresse la qualità in parola. È comprensibile, persino ovvio, che regole minute e dettagliate (alle volte, persino in modo accentuato) siano comunemente giudicate *self-executing*; sappiamo però che anche i principi (ad es., quelli costituzionali) sono talora considerati idonei ad essere portati ad immediata applicazione (così, in ispecie, nel caso che non si diano regole legislative e i primi si trovino dunque costretti ad un ruolo "sussidiario" che altrimenti non sarebbero chiamati ad esercitare). L'attitudine all'applicazione diretta sembra dunque dipendere, oltre che da qualità intrinseche delle norme (in ispecie, di *talune* norme), da condizioni complessive di contesto e dal fine di prevenire l'insorgere di lacune che lascerebbero gravemente esposti certi diritti (e, più largamente, interessi) costituzionalmente protetti, in buona sostanza abbandonati a se stessi, con grave pregiudizio delle aspettative nutrite da coloro che ne sono portatori.

Non è di ciò, ad ogni buon conto, che preme qui specificamente dire. Assumiamo, dunque, che, ad avviso degli operatori (in ispecie, dei giudici comuni), talune norme dell'Unione siano considerate suscettibili d'immediata applicazione ed altre invece prive dell'attitudine in parola. Ebbene, la Corte costituzionale è ferma nel ritenere che, ricorrendo la seconda evenienza e acclarata l'esistenza di norme legislative con esse incompatibili, è fatto obbligo al giudice di adire la Corte stessa perché faccia luogo all'annullamento delle prime.

Si ha qui ancora una conferma di come le antinomie tra norme eurounitarie e norme interne richiedano, a giudizio della Consulta, di essere ricondotte ora allo schema della "*non applicazione*" delle seconde ed ora invece a quello della loro *invalidità*, malgrado nell'uno e nell'altro caso si abbia pur sempre la indiretta violazione della norma costituzionale di "copertura" del diritto sovranazionale, di cui all'art. 11; la qual cosa parrebbe evocare pur sempre in campo il secondo degli schemi suddetti. Solo che, per il caso che gli operatori non dovessero far luogo alla immediata applicazione di norme dell'Unione che ne abbiano la qualità (nel senso sopra precisato), per ciò stesso violerebbero il diritto dell'Unione e, di traverso, dunque lo stesso art. 11, il quale perciò imporrebbe esso stesso la rinunzia al sindacato accentrato o – se più piace dire così – introdurrebbe una *rottura della Costituzione*, l'accantonamento cioè dei canoni di cui all'art. 134 ss., in ordine alle garanzie della osservanza della Costituzione.

Non intendo, ovviamente, rimettere adesso in discussione la soluzione favorevole all'adozione del meccanismo dell'applicazione diretta, per quanto non rimosse restino talune aporie logiche di costruzione in seno alla dottrina delle fonti fatta propria dal nostro giudice

costituzionale dietro vigorosa sollecitazione in tal senso da parte del giudice sovranazionale. Se si vuole, possiamo anche dire che si è ormai formata una vera e propria consuetudine costituzionale integrativa (o, forse, derogatoria...) del dettato costituzionale, in applicazione di una sorta di metanorma non scritta di rango costituzionale decisamente orientata verso l'introduzione di siffatto regime (insomma, un'autentica *norma di riconoscimento* della validità di siffatta soluzione, avvalorata da cittadini ed operatori ed ormai saldamente radicata nell'esperienza costituzionale). Ed una consuetudine v'è ormai anche per l'opposta soluzione, a riguardo del modo con cui salvaguardare le norme "direttive" dell'Unione laddove offese da norme interne che – come si è rammentato – richiedono di essere portate alla cognizione del giudice costituzionale per essere da questi private di effetti.

Ci si deve tuttavia chiedere quale sia il fondamento di questa seconda soluzione. Perché se, in ordine alla prima può invocarsi l'esplicita indicazione a favore dell'applicazione diretta contenuta nei trattati, nulla in questi si dice circa la tecnica giusta a mezzo della quale ripristinare la necessaria armonia tra le norme dei due ordinamenti per il caso che quelle sovranazionali non siano *self-executing*. Insomma, l'appello al giudice costituzionale non è imposto dal diritto sovranazionale; ed allora da dove discende? Si tratta, forse, del residuo dell'originario regime che – come si sa – prima della svolta operata dalla sent. n. 170 del 1984 vedeva ogni specie di antinomia coinvolgente fonti interne di primo grado portata alla cognizione della Corte? Quasi che – a seguire il filo di questo ragionamento –, tolta la eccezione della "non applicazione", tornerebbe ad espandersi la regola del sindacato accentrato sulle leggi (direttamente o indirettamente) incostituzionali.

La verità è però, con ogni probabilità, un'altra, e cioè che, consapevoli della maggiore efficacia, a finalità di garanzia della Costituzione, del meccanismo del controllo accentrato, si è pensato di tener fermo lo stesso in quanto il solo in grado di assicurare la rimozione con effetti generali delle norme incompatibili col diritto sovranazionale, vale a dire di portare al loro definitivo sradicamento. In fondo, la soluzione in parola è proprio quella maggiormente gradita all'Unione (e, per essa, specificamente alla Corte di Lussemburgo) che – come si sa – ha da tempo patrocinato l'adozione di misure chiare e risolutive a salvaguardia del diritto dell'Unione stessa.

Siamo però sicuri che la via che porta alla Consulta sia davvero quella conducente allo scopo?

Cominciamo col dire che, quando la Corte costituzionale annulla una norma di legge in violazione di norma "direttiva" dell'Unione, nulla di sicuro si sa circa la situazione normativa "conseguenziale" all'annullamento stesso. L'ordinamento – com'è noto – si ricuce immediatamente ed è affare del giudice (e, più in genere, del singolo operatore) rinvenire nel corpo normativo residuo la regola da far valere nel caso, a meno che non sia la stessa Corte a far luogo ad una pronunzia additiva di regola. Laddove dovesse, infatti, aversi un'additiva di principio, ancora una volta sarebbe lo stesso giudice a dover enucleare dalla norma "direttiva" aggiunta dalla Corte la regola buona per il caso, sempre che ciò possa aversi (la qual

cosa non è affatto sicura²⁸). È inoltre interessante notare che, pur laddove il giudice riesca ad estrarre dal principio somministrato dalla Corte la regola buona per il caso, ciò si avrebbe in tesi non a “rime obbligate”²⁹, per riprendere la fortunata espressione crisafulliana, altrimenti avrebbe dovuto essere lo stesso giudice costituzionale a farvi luogo. Il giudice comune, dunque, non va incontro al limite del rispetto della discrezionalità del legislatore, al quale si ritiene invece soggetto il giudice costituzionale; e quest’esito si deve alla circostanza per cui la “norma” aggiunta dall’un giudice vale unicamente per il caso, a differenza delle norme aggiunte dalla Corte costituzionale, provviste di efficacia generale.

Ora, se è compito del giudice comune “inventarsi” la regola buona per il caso, estraendola dal principio non a rime obbligate, perché mai – ci si può chiedere – non potrebbe farlo *ab initio* desumendo la regola stessa dalla norma “direttiva” dell’Unione, anziché rivolgersi alla Corte?

D’altro canto, giusta la giustificazione usualmente addotta e sopra riferita, secondo cui lo scopo del ricorso alla Corte sarebbe quello di eliminare alla radice la causa della violazione del diritto sovranazionale annullando le norme interne con esso incompatibili, questo dovrebbe aversi sempre, pur laddove possa farsi luogo all’applicazione diretta del diritto stesso. Sarebbe, in altri termini, sbagliata, intrinsecamente contraddittoria e perciò irragionevole, la previsione dell’applicazione diretta, siccome inidonea a mettere fino in fondo, efficacemente, al riparo il diritto dell’Unione dagli attacchi ad esso recati in ambito interno.

La verità è che il meccanismo più adeguato ad assicurare il primato del diritto sovranazionale dovrebbe allo stesso tempo e congiuntamente prevedere sia l’applicazione diretta

²⁸ Molti esempi avvalorano quanto da ultimo rilevato: solo un paio per tutti; e, dunque, si pensi a quanto deciso da Corte cost. nn. 278 del 2013, a riguardo del diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche, e 170 del 2014, in merito ai diritti della coppia di persone il cui matrimonio sia sciolto per effetto del mutamento di sesso di uno dei due. Diritti tutti riconosciuti come bisognosi di particolare ed urgente tutela che, nondimeno, solo una disciplina organica del legislatore è in grado di offrire, non già una inventata, in “supplenza”, per via pretoria, non potendosi per tale via stabilire condizioni e limiti di esercizio dei diritti lesi dalle omissioni del legislatore cui l’intervento ricostruttivo operato dalla Consulta pone solo in parte rimedio. È probabilmente a questa consapevolezza che si deve il discutibile verdetto ora emesso dalla Cassazione, prima sez. civ., 21 aprile 2015, n. 8097, che, facendo propria l’indicazione data da una sensibile dottrina [B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *www.articolo29.it*, 15 giugno 2014], ha deciso per il mantenimento del matrimonio tra soggetti ormai divenuti dello stesso sesso, sottoponendolo nondimeno a condizione risolutiva costituita dal sopravvenire di una disciplina legislativa che regoli la condizione della peculiare coppia dagli stessi composta: una coppia le cui nozze, a stare alla parte motiva della decisione della Consulta sopra richiamata, dovrebbero considerarsi ormai sciolte per effetto della trascrizione dell’avvenuto mutamento di sesso, mentre a giudizio della Cassazione esse sarebbero ancora valide a tutti gli effetti, anche se solo per il tempo intercorrente fino all’adozione dell’auspicata disciplina legislativa, la quale dovrebbe ormai ricevere – è questa, a me pare, l’unica nota davvero positiva in questa pasticciata vicenda – dalla pronunzia della Cassazione una spinta vigorosa per venire finalmente alla luce (avverso la proposta patrocinata da B. Pezzini v. i rilievi mossi da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Consulta OnLine*, 1° luglio 2014, nonché, volendo, quanto se ne dice, pure *ivi*, nel mio *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, 13 giugno 2014].

²⁹ Il principio stesso, invece, deve esso per primo risultare desumibile a “rime obbligate” dalla Costituzione, altrimenti la Corte non avrebbe titolo per aggiungerlo al testo legislativo carente.

che la rimozione definitiva (ad opera del giudice costituzionale) della norma interna contraria al diritto stesso, non già l'una soluzione in vece dell'altra, a seconda del carattere autoapplicativo o no della norma eurounitaria. Si dovrebbe cioè immaginare un ingranaggio che consenta al giudice, nel momento stesso in cui fa applicazione immediata del diritto sovranazionale ovvero desume da esso una regola da far valere in giudizio, di adire ugualmente la Corte costituzionale perché rimuova in radice la norma interna contraria al diritto suddetto. Sappiamo che oggi tutto questo non è possibile perché ripugnante rispetto alla logica della incidentalità, che non consente all'autorità che ha già fatto applicazione della norma sospetta d'incostituzionalità di sottoporla al sindacato della Consulta³⁰; eppure, abbiamo avuto assai di recente un caso in cui l'incidentalità è stata risolutamente messa da canto, proprio per assicurare una tutela piena al diritto dell'Unione³¹. Un'esperienza, questa, che, con ogni probabilità, non merita di essere imitata, anche a motivo delle non poche né lievi carenze esibite dalla parte motiva della decisione cui si fa ora riferimento, e che, tuttavia, parrebbe testimoniare come la incidentalità non si ponga più – a quanto pare – quale un elemento irrinunciabile *in ogni caso* del nostro sistema di giustizia costituzionale.

Sta di fatto che, a seguito dell'annullamento di norma di legge contraria a norma "direttiva", il giudice non potrebbe che far riferimento a quest'ultima al fine della enucleazione della norma del caso; può, sì, ricavare dal tessuto legislativo nazionale una norma, magari (laddove ritenuto possibile, e la questione è – come si sa – controversa) facendo "rivivere" – come con una certa imprecisione suol dirsi – una norma abrogata da quella dichiarata costituzionalmente illegittima. In ogni caso, deve risultare acclarata la compatibilità della stessa col diritto sovranazionale. Oppure – e questa è l'evenienza che ora maggiormente importa – potrebbe desumerla, come si diceva, direttamente dalla norma "direttiva". La qual cosa conferma l'idoneità della stessa ad essere comunque portata ad una qualche "applicazione diretta", pur se attraverso un'operazione di conversione di un principio in una regola.

Ricapitolando. Si porti, o no, alla cognizione del giudice costituzionale una norma di legge contraria a norma sovranazionale insuscettibile di applicazione diretta, non poche volte il giudice comune, a seguito dell'eventuale annullamento della prima, è quindi chiamato a desumere dalla seconda la regola buona per il caso, cioè in buona sostanza a fare "applicazione diretta" di quest'ultima, un'applicazione "conseguenziale" alla pronuncia che è causa dell'annullamento stesso: né più né meno – come si è veduto – di ciò che ordinariamente si ha laddove si dia attuazione ad un'additiva di principio. Quale sia poi il tasso di creatività (o, diciamo pure, di "normatività") insito nella operazione posta in essere dal giudice comune è questione che va risolta caso per caso. Non si pensi tuttavia che il tasso medesimo s'innalzi laddove si abbia traduzione di un principio in una regola rispetto al caso di applicazione diretta di norma sovranazionale non bisognosa di una conversione siffatta in quanto già di per sé

³⁰ Sulla "incidentalità" e la "rilevanza", v., da ultimo, le precisazioni che sono in R. ROMBOLI, *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, in *Consulta OnLine*, 2/2015, 5 maggio 2015, 352 ss.

³¹ Il riferimento è, ovviamente, a Corte cost. n. 10 del 2015, cit.

sufficientemente dettagliata. È un dato infatti di comune esperienza quello per cui al piano in cui maturano le prassi interpretative non ci sono canoni fissi suscettibili di meccaniche e ripetitive applicazioni, nel segno della sostanziale continuità e della piatta uniformità. Più in là di siffatta constatazione, dunque, la teoria giuridica non è in grado di portarsi e si trova costretta a rimandare ad analisi di altra natura (statistiche, sociologiche, ecc.) al fine di stabilire l'*id quod plerumque accidit*, in via generale come pure in relazione a specifici ambiti materiali.

6. Applicazione diretta ed interpretazione conforme: la varietà dei modi con cui esse possono reciprocamente combinarsi, concorrendo all'affermazione del diritto sovranazionale, l'anomala funzione "sussidiaria" talora svolta dall'una rispetto all'altra (con specifico riguardo ai casi in cui la seconda si fa veicolo della prima), il rischio connesso ad una ordinazione "verticale" delle Corti, che fatalmente farebbe di quella apicale un mostruoso potere costituente permanente, e il modo con cui può essere parato

Le ipotesi da ultimo prese in esame, con specifico riguardo alle varie specie di applicazione diretta, si dispongono in una zona di confine rispetto a quella in cui si situano le esperienze d'interpretazione conforme; si dà, anzi, una zona grigia in cui applicazione diretta ed interpretazione conforme si confondono e sovrappongono reciprocamente, senza un ordine fisso di priorità, assumendo l'una carattere *quodammodo* "sussidiario" rispetto all'altra.

Parrebbe non essere così, con specifico riferimento ai casi di applicazione conseguenziale a decisioni della Corte costituzionale, di cui si è sopra discorso trattando delle antinomie tra norme nazionali e norme "direttive" dell'Unione.

L'interpretazione conforme è infatti – come si sa – usualmente considerata una soluzione alternativa al giudizio di costituzionalità (o, meglio, al *giudizio accentrato di costituzionalità*, dal momento che – a ben vedere – lo stesso giudice comune fa luogo a siffatto giudizio, sia pure ovviamente con effetti limitati al caso, ogni qualvolta scioglie da solo il dubbio di costituzionalità nel senso della insussistenza della incompatibilità tra legge e Costituzione³²: una evenienza di sempre più frequente riscontro, anche per il diffondersi delle pratiche d'interpretazione conforme dallo stesso giudice costituzionale insistentemente incoraggiate a formarsi). Non v'è dubbio che sia così, al piano delle tecniche decisorie e, conseguentemente, degli effetti rispettivamente discendenti dall'uno ovvero dall'altro tipo di strumento. L'esperienza tuttavia c'insegna che gli strumenti stessi possono non di rado prestarsi ad usi plurimi, reciprocamente fungibili. Non poche volte, d'altronde, lo stesso giudice costituzionale, assumendo di non poter far luogo ad una pronuncia manipolativa del testo (ad es., un'additiva, quand'anche di mero principio) in quanto consapevole d'invadere altrimenti il campo riservato alle libere scelte del legislatore, si avventura a dar vita ad operazioni manipolative della sostanza normativa racchiusa entro il testo stesso mascherandola sotto le

³² Su ciò, v., nuovamente, A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, cit.

candide vesti dell'interpretazione conforme. La quale così viene ad essere innaturalmente dotata di una carica "normativa" che le stesse manipolazioni testuali talora non hanno. Certo, è facile obiettare che tutto ciò non dovrebbe aversi, facendosi in congiunture siffatte un uso improprio, debordante, dello strumento interpretativo; e, tuttavia, esso appunto si ha, e di ciò non si può non prendere atto.

Ancora una volta, insomma, non v'è uno *standard* fisso ed immutabile, che si ripeta con costanza di caratteri nel passaggio da un caso all'altro: il tasso di "normatività" insito nelle operazioni d'interpretazione conforme si apre infatti a ventaglio, risultando ora più ed ora meno elevato in ragione del contesto in cui le operazioni stesse hanno luogo, della posta in palio, della struttura degli enunciati, fatta a maglie ora più ed ora meno larghe, delle combinazioni di valore evocate in campo dal caso. Rileva poco, pur non essendo del tutto priva di significato, invece, la circostanza per cui l'interpretazione conforme sia opera del giudice comune ovvero della Corte costituzionale che la proponga al primo che avventatamente non vi aveva originariamente fatto luogo, laddove in tal senso, a giudizio della Consulta, avrebbe dovuto determinarsi. E ciò, in considerazione del fatto che la misura della innovatività (o "normatività", che dir si voglia) insita nella pratiche interpretative in parola prescinde dal fatto che esse prendano forma presso questa o quella sede in cui si amministra giustizia, nel mentre la sede stessa acquista rilievo, ovviamente, per ciò che attiene alla *vis* persuasiva posseduta dall'interpretazione stessa, di sicuro maggiore essendo quella insita nelle pronunzie della Consulta: vuoi per la particolare autorevolezza che è propria di quest'ultima e vuoi per la maggiore visibilità posseduta dalle sue decisioni.

Ciò che, ad ogni buon conto, preme mettere in evidenza è che, ancora una volta, per il tramite dell'interpretazione conforme si può pervenire all'esito di un'applicazione diretta, seppur abilmente mascherata e di difficile accertamento. E questo vale per qualunque specie d'interpretazione conforme, dunque – per ciò che qui è specificamente rilevante – anche per quella che si orienta verso il diritto dell'Unione³³.

Può anche opporsi che non di rado si tratta di operazioni indebite, ingiustificate, come laddove si dia applicazione diretta a norma che non la meriterebbe. Sta di fatto che delle operazioni stesse può aversi non infrequente riscontro, senza che gli strumenti previsti allo scopo di sanzionare usi impropri del mezzo interpretativo riescano sempre a rivelarsi efficaci.

Usi buoni ed usi cattivi delle tecniche decisorie in parola, dell'interpretazione conforme così come dell'applicazione diretta, possono aversi su più fronti ed a seconda della messa in campo di questo o quello strumento di cui i giudici dispongono.

Si pensi, ad es., a ciò che può aversi a seguito del ricorso al rinvio pregiudiziale, che potrebbe dar modo alla stessa Corte di giustizia di far luogo alle manipolazioni per via interpretativa di cui si è sopra discusso, consegnandone quindi i prodotti ai giudici, i quali pure – non è, ovviamente, da escludere – potrebbero sottoporre a letture non sempre univocamente

³³ È interessante notare che, per questa via, può non di rado prendere forma uno di quei casi di applicazione diretta della CEDU, cui si è dietro accennato, ancorché abilmente mascherata e pur se realizzata a mezzo di un uso improprio dello strumento interpretativo (v., infatti, quanto se ne dice subito di seguito nel testo).

orientate i verdetti emessi a Lussemburgo (uno scenario che, poi, *mutatis mutandis*, potrebbe riproporsi anche sul versante dei rapporti con la Corte EDU, specie dopo che sarà entrato a regime il nuovo strumento di “cooperazione” predisposto dal prot. 16).

Forse, si è ad oggi prestata poca attenzione alla circostanza per cui le manipolazioni maggiormente incisive ed efficaci, pur se abilmente mascherate e dunque poco visibili, si hanno in relazione al *parametro* piuttosto che all'*oggetto* dell'attività di controllo giudiziario; e questo vale, ancora una volta, indipendentemente dalla natura dell'autorità che vi fa luogo, sia essa data da un giudice comune che dalla Corte costituzionale (o da una Corte *materialmente* costituzionale, quali ormai tendono in modo sempre più marcato ad essere le stesse Corti europee³⁴). Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui gli stessi giudici comuni partecipano, in misura fattasi col tempo crescente, ad operazioni di giustizia costituzionale: *a monte*, al momento in cui decidono se investire, o no, la Corte di questioni di legittimità costituzionale³⁵, ed *a valle*, in sede di implementazione del giudizio della Corte stessa nell'esperienza, laddove non di rado si assiste non alla mera, meccanica *applicazione* del verdetto emesso dalla Consulta bensì alla sua *attuazione*, quale il frutto di non marginali operazioni discrezionali (emblematico, al riguardo, il ruolo giocato con riferimento alle additive di principio, cui si è dietro accennato)³⁶.

Non v'è dubbio, tuttavia, che le pronunzie maggiormente gravide di significato e di effetti sono le manipolative del parametro poste in essere ad opera del giudice costituzionale (anche nell'accezione materiale, sopra indicata), a motivo dell'ampiezza del campo di escursione ricopribile dal raggio di cui le pronunzie stesse sono dotate che, pur laddove non dovessero considerarsi idonee a produrre effetti *erga omnes*, nell'accezione comunemente invalsa (così, appunto, per le decisioni di rigetto), ugualmente possiedono una formidabile *vis* persuasiva, di cui le pronunzie dei giudici comuni non sono, per loro insuperabile limite, provviste. È pur vero, tuttavia, che, così come la Corte può concorrere, appunto grazie

³⁴ Emblematico, a riguardo di questa tendenza, il titolo dato in dottrina ad alcune opere di sintesi in cui si tratta della giustizia costituzionale [v., part., A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012, e B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; V., inoltre, utilmente, O. POLLICINO, in molti scritti (e, tra questi, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 dicembre 2013); D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., spec. 63 e 143; A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, 3657 ss.].

³⁵ ... e ad investirla in questo o quel modo, da come è prospettato il dubbio di costituzionalità dipendendo, in buona sostanza, l'esito del verdetto della Consulta.

³⁶ Ha, ancora di recente, tenacemente difeso l'idea che il ruolo del giudice debba, per suo statuto costituzionale, restare circoscritto alla mera *applicazione* della legge M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, spec. al § 4, ma *passim*, e, dello stesso, *Legislatore e giudici nella protezione dei diritti fondamentali*, relaz. alle VI Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale, su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, in *paper*. Le notazioni che qui vado facendo mostrano, di contro, che il ruolo stesso si esprime in apprezzamenti pur sempre (largamente) “discrezionali”, risultando talvolta anzi – come nell'esempio appena fatto dell'attività svolta in relazione alle pronunzie additive di principio – dotati di una carica di “normatività” non inferiore a quella stessa degli atti del legislatore o della Corte costituzionale, ancorché ovviamente sprovvisti, a differenza di questi, di efficacia generale.

all'autorevolezza di cui è dotata, alla formazione, modifica o estinzione di un "diritto vivente" posto in essere dai giudici comuni, questi pure, dal loro canto, possono variamente influenzare il corso del "diritto vivente" costituzionale. La misura dell'incidenza nell'uno rispetto all'altro verso potrà anche essere, così come verosimilmente è, diversa ma il circuito in cui si svolgono i processi produttivi di norme per mano della giurisprudenza resta, ad ogni buon conto, unitario, in esso assistendosi ad un flusso incessante di suggestioni culturali da parte dell'una nei riguardi delle altre sedi istituzionali, ciascuna avendo comunque bisogno delle altre, della loro "leale cooperazione", al fine della implementazione del "diritto vivente" di cui si fa portatrice.

Certo, proprio per l'autorevolezza di cui la Corte costituzionale dispone e la efficacia che è propria dei suoi atti, peraltro provvisti dello scudo formidabile della inimpugnabilità, di cui all'art. 137, ult. c., cost.³⁷, il rischio che sempre si accompagna all'adozione degli atti stessi è che, per il loro tramite (e, segnatamente, nel caso che se ne faccia un uso improprio), la Corte possa commutarsi in un anomalo *potere costituente permanente*³⁸, un rischio che può essere a mia opinione parato (perlomeno, laddove le condizioni complessive di contesto lo consentano) alla sola condizione che non vi sia alcun controllore ultimo della legalità, un controllore sottratto dunque ad alcun controllo. La qual cosa può teoricamente ammettersi ed effettivamente trovare riscontro unicamente in uno scenario che non veda le Corti nazionali e quelle sovranazionali (né queste ultime *inter se*) ordinate in modo piramidale, con un vertice in sovrana, solitaria solitudine stabilmente detenuto da una sola Corte, *quale che es-*

³⁷ Quale, poi, possa essere il significato del divieto d'"impugnazione" stabilito dal disposto in esame è questione teoricamente complessa, che ho fatto oggetto di studio altrove e che qui, ad ogni buon conto, non presenta specifico interesse. Mi limito solo a rappresentare la soluzione che a mia opinione maggiormente persuade, senza poter richiamare, neppure in sunto, gli argomenti che la sostengono, vale a dire che, nel presente contesto segnato da un avanzato processo d'integrazione sovranazionale e dalla perdita del monopolio da parte della Costituzione quale Carta dei diritti fondamentali, nel quale cioè si assiste ad un "gioco" senza fine su basi di parità tra le Corti al servizio dei diritti stessi, anche il divieto suddetto può essere chiamato a partecipare ad operazioni di bilanciamento secondo valore, alla luce ed in applicazione di quel canone della massimizzazione della tutela di cui si è venuti dicendo. Il che vale come ammettere che lo stesso giudicato costituzionale può venirsi a trovare sotto *stress* all'impatto con giudicati europei idonei ad innalzare il livello della tutela medesima. D'altro canto, una volta che si riconosca che lo stesso giudicato ordinario sia passibile di revisione per effetto del sopravvenire di una decisione della Corte EDU che abbia acclarato la violazione della Convenzione (secondo quanto stabilito da Corte cost. n. 113 del 2011), non si vede perché il giudicato costituzionale debba considerarsi intangibile in ogni caso. Non si dimentichi, al riguardo, che il sistema di giustizia costituzionale è congegnato in modo tale da obbligare il giudicato costituzionale ad arrestarsi davanti al giudicato ordinario, con la sola, nota eccezione per la materia penale, con la conseguenza che lo stesso giudicato costituzionale parrebbe risultare dotato, per l'aspetto ora in rilievo, di una efficacia ancora meno incisiva di quella che è propria delle pronunzie della Corte di Strasburgo.

Quanto, poi, alle decisioni della Corte dell'Unione, si è già rammentato che ad esse sono riconosciuti natura ed effetti propri delle fonti del diritto di rango "paracostituzionale"; e, per ciò solo, parrebbero dunque idonee a derogare al disposto di cui all'art. 137, a meno che non si reputi che lo stesso entri a comporre uno di quei "controlimiti" che, per la comune opinione, sarebbero comunque invalicabili da parte degli atti dell'Unione. Una opinione che, tuttavia, come si è veduto, non persuade per plurime e concorrenti ragioni.

³⁸ Ho segnalato più volte questo rischio [ancora da ultimo, nel mio *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 aprile 2015].

sa *sia*. Di contro, il modello a mia opinione disegnato tanto nella nostra Carta costituzionale quanto nelle altre Carte (e, segnatamente, nella CEDU e nella Carta dei diritti dell'Unione) è nel senso, che si è tentato dietro di rappresentare, di un ruolo reciprocamente "sussidiario" e, perciò, di mutuo sostegno giocato da ogni Carta (e Corte) nei riguardi delle altre. Un ruolo che, dunque, implica che nessuna di esse possa coltivare l'insano proposito di poter dire l'ultima, definitiva parola in ordine a controversie di diritto costituzionale e sui diritti costituzionali: tutte, insomma, partecipi – come si è veduto – di un gioco che non ha mai fine e che ha quale sua posta in palio quella dell'offerta dell'ottimale servizio, alle condizioni complessive di contesto, apprestato ai diritti e, in genere, agli interessi costituzionalmente protetti. Un obiettivo, questo, che può essere in modo soddisfacente raggiunto alla sola condizione che il c.d. "dialogo" tra le Corti – come usa, pur se con una certa improprietà e non rimossa ambiguità, chiamarlo – sia scevro di preorientamenti ideologici o di altro genere, libero dalle incrostazioni culturali riportabili a quel nazionalismo o patriottismo costituzionale esasperato, di cui si diceva, e piuttosto disponibile alla serena valutazione delle ragioni dell'altro, che possono talora ancora meglio essere portate a frutto a beneficio dei diritti, concorrendo, a un tempo, all'innalzamento della loro tutela ed allo svecchiamento di antichi ed ormai obsoleti, complessivamente inadeguati, indirizzi giurisprudenziali.

È dalla riuscita di questa partita che dunque dipende, ancora prima (e di più) della efficacia del diritto eurounitario, come di qualsivoglia altro sistema di norme, l'effettività del suo radicamento nell'esperienza, vale a dire, in buona sostanza, l'effettiva salvaguardia dei diritti fondamentali.