

**COSTITUZIONE, CARTA DI NIZZA, CEDU E LEGGE NAZIONALE: UNA METODOLOGIA OPERATIVA
PER IL GIUDICE COMUNE IMPEGNATO NELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI**

1. L'oggetto dell'indagine. 2. La giurisprudenza costituzionale dopo le sentenze gemelle: coerenza od oscillazioni?. 3. L'art. 101 Cost. separa le strade di Corte e giudici comuni. 4. Primi suggerimenti operativi: il diritto fondamentale tra Costituzione e CEDU. 5. Le novità del Trattato di Lisbona. Alla ricerca di un sistema delle fonti 6. I nodi interpretativi come scelta di valori. 7. Due modelli possibili di integrazione: il giudice comune tra sindacato accentrato e sindacato diffuso. 8. Secondi suggerimenti operativi: il diritto fondamentale tra Costituzione, diritto comunitario e CEDU. La clausola di protezione più estesa ed i suoi limiti. 9. Le ragioni di una scelta

1. *L'oggetto dell'indagine.* Le note che seguono costituiscono l'appendice di un lavoro dedicato al potere interpretativo del giudice comune nel rapporto con le Corti sovranazionali, pubblicato subito dopo la sopravvenienza delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale (le cd. sentenze gemelle): a tale scritto si renderà necessario operare diversi rinvii, al solo fine di non appesantire la lettura con considerazioni già svolte in quell'occasione¹.

In particolare, si era cercato allora di suggerire che: a) il processo di integrazione europea e di affinamento degli strumenti di tutela dei diritti nell'ordinamento internazionale pattizio, se da un lato vede nel giudice comune un indiscusso protagonista, dall'altro lato ne comprime il potere di interpretazione garantitogli dall'art. 101, secondo comma, Cost., a vantaggio del primato della Corte di giustizia e della Corte EDU; b) che tale fenomeno, in principio inevitabile al fine di favorire la penetrazione dei valori sottesi al diritto dell'Unione ed espressi dalla CEDU, nel lungo periodo può generare tensione, in particolar modo se le Corti europee, aspirando ad un ruolo egemone, esercitano pressione sul giudice comune, rendendone il processo interpretativo fonte di responsabilità ove difforme da quanto indicato dalla giurisprudenza sovranazionale; c) che vi è un pregiudizio insito nella rinuncia alla libertà di interpretazione di tutti i giudici, enucleabile *a contrario* dalla felice esperienza di osmosi maturata in ambito nazionale, nel rapporto tra questi ultimi e la Corte costituzionale; d) che, pertanto, possono rinvenirsi, ed anzi vanno incoraggiate, tecniche di ritaglio di autonomi spazi interpretativi da parte dei giudici nazionali, nei riguardi sia della Corte di giustizia, sia della

¹ Si tratta della relazione del 23 gennaio 2008 *I poteri interpretativi del giudice nazionale tra Costituzione, CEDU e diritto comunitario: prime riflessioni* in appinter.csm.it, successivamente trasfusa, con modifiche, in M. Bignami, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.* 2008, 2, 595 ss.

Corte EDU, a condizione che essi servano da strumento di fertile confronto tra soggetti paritari, e non di altera rivendicazione di un'incondizionata sovranità statale.

Se si torna su tutto ciò, per verificare quanto di attuale resti in tali asserzioni, si deve essenzialmente imputare a due fatti. *In primo luogo*, nel corso degli ultimi tre anni la Corte costituzionale è tornata in più occasioni a misurarsi con la CEDU, alimentando l'opinione di alcuni che il modello tracciato dalle sentenze gemelle meriti di essere parzialmente corretto, proprio nella parte in cui costringerebbe l'interprete nazionale ad una mera ricezione della giurisprudenza di Strasburgo, quando non l'opinione di altri, per cui, in effetti, tale modello sarebbe già stato revisionato in questo senso dalla stessa Corte². *In secondo luogo*, con il Trattato di Lisbona è entrata in vigore, nel Dicembre del 2009, la Carta di Nizza, che ha conferito un nuovo assetto al sistema di tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario: di essa è perciò necessario tenere ormai conto, senza sottovalutare il dirompente effetto che la Carta potrebbe sortire nel tempo³.

Esaminati tali profili, si tratta infine di elaborare una sorta di manuale operativo dell'interprete nazionale, ovvero un insieme coerente di passaggi logico-giuridici da osservare, al fine di risolvere nella pratica i conflitti tra leggi nazionali e diritti fondamentali protetti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione e dalle Carte internazionali. Avverto che lo spunto per simili riflessioni è giunto dalla necessità di illustrare siffatte problematiche ad un gruppo di magistrati impegnati nella formazione professionale. Non si è voluto, pertanto, abbandonare l'approccio pragmatico seguito in tale occasione, che pur potrebbe sorprendere eventuali lettori, con riferimento ai paragrafi 4 e 8. Si ritiene, ugualmente, non del tutto inutile, anche in sede scientifica, l'offerta di un modello di risoluzione delle possibili antinomie tra ordinamenti, che sia il più possibile puntiglioso.

Il secondo paragrafo del presente lavoro è pertanto dedicato all'analisi delle pronunce costituzionali applicative della CEDU: si cerca di dimostrare che l'impianto delle sentenze gemelle non è stato affatto superato dalla Corte, ma che esso consente già, secondo quanto a suo tempo ipotizzato da chi scrive, di preservare forme di autonomia interpretativa del giudice comune. Su questo piano, nel terzo paragrafo viene formulata nuovamente, e più ampiamente motivata, l'ipotesi secondo cui non è necessario costruire un rigido parallelismo tra Corte costituzionale e giudici comuni, quanto al potere dell'una e degli altri di discostarsi dalle linee ermeneutiche di Strasburgo, ben potendo la prima decidere di assoggettarsi a limiti, che i secondi non sono tuttavia tenuti ad osservare. Sulla base di una simile premessa, vengono infine nel quarto paragrafo tratteggiate, secondo un ordine logico, le "regole di ingaggio" cui il giudice comune potrà attenersi nel proprio approccio alla giurisprudenza della Corte EDU.

Nel quinto paragrafo, si prendono in esame i principali problemi che paiono conseguire all'entrata in vigore della Carta di Nizza, anche nella prospettiva della futura adesione dell'Unione alla CEDU. Senza avere l'ambizione di una trattazione sistematica di tali profili, ci si limita nel sesto paragrafo ad evidenziare come il giudice possa trovarsi di fronte a scelte di sistema, il cui criterio risolutore appare assai meno chiaro, che nelle speculari ipotesi poste dal diritto internazionale pattizio espresso dalla CEDU. Si cerca in quest'ottica di

² Si rinvia sul punto, per indicazioni bibliografiche, ai lavori citati nel paragrafo successivo

³ Si rinvia sul punto, per indicazioni bibliografiche, ai lavori citati nel paragrafo 5

selezionare nel settimo paragrafo taluni ambiti decisionali, ove l'orientamento delle Corti e dei giudici comuni sembra poter oscillare da una linea di contenimento del sistema comunitario di tutela dei diritti, a favore del preliminare sindacato accentratore della Corte costituzionale, fino ad una opposta linea di incoraggiamento di forme diffuse del controllo di legittimità comunitaria, esercitata sotto la vigilanza dei giudici lussemburghesi.

Con l'ottavo paragrafo si conclude l'elenco delle "regole di ingaggio" disponibili per il giudice nazionale, stavolta nel rapporto con i diritti tutelati dall'Unione e, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Saldandosi a quanto già osservato nel secondo paragrafo con riguardo alla CEDU, si ottiene un quadro, per quanto abbozzato, che aspira a proporre una metodologia operativa complessivamente coerente, relativa al controllo di legalità delle leggi nazionali in contrasto con superiori diritti di rango costituzionale, comunitario o convenzionale.

Il nono paragrafo tenta infine, in ragione dell'ampia discrezionalità che ispira le scelte cui si è or ora accennato, di porre in luce gli elementi di fragilità finora propri della concezione stessa dei diritti fondamentali in ambito comunitario, nello stesso tempo sottolineando come i principali nodi si stiano via via sciogliendo, verso più rassicuranti esiti: questi ultimi, a propria volta, rendono meno semplice l'individuazione del punto dove collocarsi, lungo la linea che evolve verso il sindacato comunitario diffuso di legittimità degli atti normativi nazionali incidenti sui diritti⁴.

2. La giurisprudenza costituzionale dopo le sentenze gemelle: coerenza od oscillazioni? A tre anni circa dal terremoto provocato dalle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007⁵, pronunciate dalla Corte costituzionale con riguardo alla posizione della CEDU nel sistema delle fonti, fervono i lavori di ridimensionamento.

Come tutti sanno, la Corte ha affermato in quelle occasioni che a) la CEDU non costituisce diritto comunitario; b) conseguentemente, il giudice comune non può disapplicare l'atto nazionale avente forza di legge, ove lo ritenga in contrasto con una norma della Convenzione; c) tale giudice, al contrario, è tenuto in tali casi a sollevare questione di legittimità costituzionale; d) le norme della CEDU rilevano nell'ordinamento "come prodotto dell'interpretazione" che proviene dalla Corte di Strasburgo, le cui sentenze "sono incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali" (sent. n. 348 del 2007).

⁴ Per completezza, va segnalato che questa metodologia non include né le tecniche di tutela dei diritti attribuiti dal diritto internazionale pattizio diverso dalla CEDU, né la questione dei diritti recepiti dal diritto internazionale generalmente riconosciuto, cui il nostro ordinamento si conforma automaticamente, ai sensi dell'art. 10 Cost. Quanto alle prime, infatti, dopo aver ricordato che esse sono da ricondursi all'art. 117, primo comma, Cost., e godono, pertanto, della stessa posizione attribuita alla CEDU nel sistema delle fonti, vi è da dire che l'assenza di una Corte paragonabile a quella di Strasburgo, che sia incaricata di interpretare ed uniformare l'applicazione delle Carte negli Stati membri, rende intuitivo che i giudici nazionali non avranno, nella maggior parte dei casi, difficoltà a rendere coincidente il catalogo scritto di questi diritti con l'arco, già sufficientemente ampio, definito dalla Costituzione, dal diritto comunitario e dalla CEDU. Quanto ai secondi, non particolarmente numerosi, non sembra che alcunché sia mutato, rispetto all'assetto già consolidatosi a livello nazionale. Ad altra sede vanno, invece, rinviate, osservazioni più puntuali.

⁵ Oltre agli scritti citati successivamente, si vedano su tali sentenze almeno B. Randazzo, *Costituzione e CEDU: il giudice delle leggi apre una finestra su Strasburgo*, in *Gior. dir. amm.* 2008, 25; A. Bultrini, *Le sentenze 348 e 349/07 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in *Dir. pubbl. comp. Europ.* 2008, 171; E. Cannizzaro, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. Dir. int.* 2008, 138; L. Condorelli, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 32; nonché i contributi contenuti nel volume di C. Salazar-A. Spadaro (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, 2009.

Di tali proposizioni, è l'ultima ad essere divenuta oggetto della più ampia riflessione critica. E che tali obiezioni siano state sollevate, in particolare, da autori che sono al contempo magistrati⁶, o che hanno mostrato una particolare sensibilità verso il contributo proveniente dalla giurisdizione comune nel processo di attuazione della Costituzione⁷, non può che colpire chi aveva ipotizzato, nell'immediatezza delle pronunce gemelle, che esse avrebbero potuto ingenerare una fin troppo severa costrizione nei confronti della libertà interpretativa del giudice comune, obbligato a soggiacere a ciò che si era creduto di poter chiamare il "diritto vivente al rovescio" promanante dall'aula di giustizia di Strasburgo (costrizione, si diceva allora, a cui si sarebbe dovuto reagire con talune strategie applicative)⁸.

In particolare, pare guadagnare spazio, da ultimo, l'idea di conservare in capo alla Corte EDU la sola *autorevolezza* della funzione interpretativa che essa indubbiamente svolge con riguardo alle disposizioni della Convenzione, negandole, tuttavia, l'*autorità* di ricavarne norme vincolanti innanzi alle giurisdizioni nazionali. Di più: tale conclusione viene avvalorata attraverso la lettura della stessa giurisprudenza costituzionale, ora ridimensionando le ambizioni sistematiche delle sentenze gemelle⁹, ora evidenziando una correzione di rotta da parte della Corte, riassumibile nella formula, da ultimo impiegata, per cui ciò che conta è la "sostanza" della giurisprudenza di Strasburgo (formula che legittimerebbe un margine di apprezzamento e di adeguamento di tale giurisprudenza, a vantaggio dell'interprete nazionale)¹⁰.

Si tratta, perciò, di valutare anzitutto se davvero la giurisprudenza costituzionale che è seguita alle storiche pronunce del 2007 legittimi tali conclusioni. A parere di chi scrive, la risposta a tale quesito è negativa, posto che vi è nelle decisioni della Corte in tale materia una forte coerenza sistematica: ciò non toglie, tuttavia, che il problema di preservare l'autonomia interpretativa del giudice comune persista, e meriti adeguate risposte¹¹.

Procedendo con ordine, veniamo in primo luogo ad una breve sintesi delle decisioni costituzionali. Con la sent. n. 39 del 2008, viene dichiarata l'illegittimità costituzionale della legge fallimentare, nella parte in cui essa prolunga le incapacità personali derivanti dal fallimento oltre la chiusura della procedura concorsuale: la Corte si limita a prendere atto della giurisprudenza di Strasburgo, che aveva ripetutamente giudicato tale normativa nazionale lesiva dell'art. 8 CEDU, senza neppure abbozzare una propria esegesi di tale

⁶ P. Gaeta, *I diritti fondamentali nelle dinamiche delle tre Corti: spunti di riflessione*, relazione del 13 febbraio 2008 in appinter.csm.it; F. Gandini, *Il giudice ordinario e la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: il tramonto della judicial review?* in Foro it. 2008, 2, 57; A. Andronio-P.Gaeta, *La tutela dei diritti fondamentali nella Convenzione EDU e nell'ordinamento comunitario: ambiti di applicazione e prerogative del giudice comune*, relazione del 25 settembre 2009, in appinter.csm.it; R. Conti, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it 2010; S.G. Guizzi, *Il ruolo della Corte costituzionale nel dialogo con la Corte di giustizia delle Comunità europee anche alla luce del Trattato di Lisbona. Le questioni di doppia pregiudizialità*, in appinter.csm.it 2010

⁷ E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivanti dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in www.cortecostituzionale.it

⁸ M. Bignami, *I poteri* cit. 613 ss.: in questa sede, si è ipotizzato che il giudice comune possa discostarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo, valorizzandone i contrasti, anche alla luce delle opinioni dissenzienti, e persino delle maggioranze, ampie o ridotte, che sostengono decisioni controverse.

⁹ E. Lamarque, *Il vincolo* cit. 2 ss ritiene che tali decisioni "non sono altro che decisioni sulle specifiche questioni di costituzionalità sulla quale la Corte costituzionale era in quel preciso momento storico chiamata a pronunciarsi" e che esse danno perciò "indicazioni provvisorie o di transazione, un punto di partenza e non un punto di arrivo".

¹⁰ In particolare, R. Conti, *CEDU* cit.

¹¹ Nega, invece, che questo problema sussista G. Tesaurò, *Costituzione e norme esterne*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare: il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, 2009, I, 425.

disposizione (ad esempio, con riguardo alla riconducibilità delle attività professionali alla nozione di “vita privata”, ivi tutelata), sia pure al solo scopo di adeguarvisi.

Con la sentenza n. 239 del 2009, nel dichiarare inammissibile una questione proposta con riferimento alla confisca (amministrativa) di terreni ed opere oggetto di lottizzazione abusiva, la Corte, pur invitando il giudice comune a motivare in ordine alla corrispondenza tra il caso soggetto al di lui giudizio ed il *leading case* deciso a Strasburgo, mostra di accettare pianamente sia il principio formulato a Strasburgo, per il quale l'art. 7 CEDU si applica alla *peine* quand'anche essa non appartenga al diritto penale nazionale, sia la specifica asserzione per cui la predetta confisca, ove disposta a carico di un soggetto incolpevole, va ritenuta convenzionalmente illegittima (e ciò, nonostante l'evidente indebolimento delle politiche nazionali di repressione dell'illecito edilizio, con riguardo ad un bene che non cessa di essere obiettivamente abusivo, quale che sia il grado di responsabilità nel reato, accertato giudizialmente, del proprietario). Non diversamente si atteggia la sent. n. 196 del 2010, sull'analogha questione concernente la retroattività della confisca del veicolo impiegato per la guida in stato di ebbrezza.

Con l'importante sent. n. 311 del 2009, la Corte è chiamata a valutare se leggi retroattive in materia civile, che pretendono di trovare applicazione in giudizi pendenti tra lo Stato ed i privati in senso sfavorevole a questi ultimi, siano di per sé in conflitto con l'art. 6 CEDU. È in tale contesto che compare il riferimento alla “sostanza” della giurisprudenza di Strasburgo, ma non si vede proprio quale significato di novità esso rivesta, alla luce della seguente, esplicita, affermazione che lo accompagna: *“questa Corte ha anche affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve”*. Ed infatti, la decisione di rigetto è assunta dalla Corte a seguito di uno stretto ed approfondito esame delle pronunce del giudice EDU, il quale conduce ad un apprezzamento positivo circa la ricorrenza, nel caso di specie, di “motivi imperativi di interesse generale”, che possono giustificare simili leggi retroattive. Si noti: è vero che tale apprezzamento è compiuto dalla Corte, per così dire, in autarchia, ovvero senza in ciò riferirsi a specifiche pronunce di Strasburgo, ma ciò è dovuto unicamente ad una ovvietà, ovvero al fatto per cui tali decisioni ancora non vi erano, sicché il nostro giudice costituzionale ha avuto facile gioco nel rendersi padrone del caso di specie, attraverso l'applicazione alla fattispecie concreta dei principi enucleati in termini astratti dalle sentenze EDU. Se, viceversa, Strasburgo si fosse già pronunciata, operando una valutazione opposta a quella della nostra Corte su di un profilo francamente del tutto opinabile, quale è la sussistenza dei già citati motivi imperativi di interesse generale, vi è da credere che la soluzione sarebbe stata (obbligatoriamente) diversa, ed anzi non è detto, perlomeno a seguire l'opinione di un attento lettore¹², che di tale profezia non si abbia conferma nell'immediato futuro.

La sentenza n. 93 del 2010 offre una buona controprova: la Corte era chiamata a decidere se l'obbligo legislativo di procedere nelle forme della camera di consiglio nei procedimenti di applicazione di misure di prevenzione fosse lesivo dell'art. 6 CEDU. Anche in questo caso, al pari che nell'ipotesi precedente di leggi

¹² M. Massa, *La “sostanza” della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giur. Cost.* 2009, 4679 ss

retroattive, la giurisprudenza di Strasburgo ha optato per uno spazio di flessibilità nell'applicazione del principio di pubblicità dei procedimenti giurisdizionali, consentendo di derogarvi per l'ipotesi di fasi caratterizzate da elevato grado di tecnicità, ovvero ai fini di tutelare "interessi superiori", ma a condizione che tale deroga non comporti un più grave sacrificio dei diritti delle parti, avuto riguardo alla "posta in gioco". Ora, non vi è chi non veda che la misura dell'apprezzamento in concreto dei requisiti che permettono la deroga è così ampia ed opinabile, da permettere in ipotesi alla nostra Corte di giudicare da sé, a mani libere, se essi assistessero, oppure no, la scelta del legislatore nazionale. Ma, diversamente che nel caso esaminato innanzi, la Corte EDU stavolta ha preceduto il giudice costituzionale, decidendo, con specifico riguardo alla vigente legislazione italiana, che non vi è valida ragione per sacrificare il "controllo del pubblico" sulla procedura in questione. Ne è seguita una conforme declaratoria di illegittimità costituzionale, del tutto ricalcata sui precedenti in termini di Strasburgo.

Bisogna, quindi, guardarsi dall'identificare lo spazio interpretativo che inevitabilmente le disposizioni della Convenzione, come in via generale tutte le proposizioni linguistiche¹³ conservano in capo al giudice-lettore con un sacello eretto a vantaggio dei poteri interpretativi del giudice costituzionale: se questi ultimi sono esercitati in modo largheggiante, come ad esempio nella già ricordata sent. n. 311 del 2009, ciò dipende essenzialmente dal fatto, occasionale e soprattutto mutevole, per cui sono mancanti pronunce di Strasburgo che calzino con aderenza alla fattispecie concreta.

Altrove la libertà interpretativa avente ad oggetto la norma interposta pare svilupparsi pienamente, ed in definitiva coincidere con i criteri applicativi delle disposizioni costituzionali: ma, a ben vedere, ciò accade poiché l'argomento motivazionale, sia pure celato sotto le vesti del rispetto del diritto internazionale della Convenzione, in realtà è tutto di diritto costituzionale italiano: penso alla sent. n. 187 del 2010, che estende una prestazione sociale allo straniero legalmente soggiornante in Italia, ove l'impiego della CEDU, in quanto unico parametro invocato dal giudice *a quo*, si rende necessitato per accogliere la questione, ma appunto nasconde un ragionamento interamente basato sul principio di uguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali della persona. Ma se, invece, diversamente che in simili ipotesi, le decisioni della Corte di Strasburgo vi sono, o sopraggiungono, subito ci si accorge che l'ultima parola sul significato della CEDU non viene più pronunciata a Roma.

Si veda, infine, in questo senso l'altrettanto importante sentenza n. 317 del 2009, ove la Corte muove dalla giurisprudenza di Strasburgo per concludere, superando il contrario avviso delle Sezioni Unite, nel senso che essa garantisca al contumace, inconsapevole della pendenza del processo penale a suo carico, di impugnare la sentenza, quand'anche analoga impugnativa sia stata proposta dal solo difensore: nuovamente si precisa che l'"interpretazione giudiziale" della CEDU è "istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione", sicché la nostra Corte "non può sostituire la propria interpretazione" "a quella di Strasburgo".

¹³ H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, 1961, trad. it. 1965, 150 ss

In conclusione, l'impianto teorico elaborato dalle sentenze gemelle pare vivo e vegeto, e l'applicazione che esso ha trovato nella giurisprudenza costituzionale non sembra, perlomeno a chi scrive, alimentare consistenti dubbi sulla tenuta che esso ha avuto, e avrà, nella pratica giudiziale

L'impressione, vale a dire, è che il giudizio della Corte, nell'ipotesi di leggi di cui si assuma il contrasto con la CEDU e dunque la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., abbia assunto una componente di automatismo di cui si potrebbe suggerire la scarsa conciliabilità con una prospettiva nazionale di primato della giurisdizione costituzionale¹⁴, ma che, in ultima analisi, viene implicata dalla prospettiva integrazionista europea, come dimostra la stessa recente decisione della Corte di assoggettarsi al rinvio pregiudiziale innanzi ai giudici lussemburghesi (ord. n. 102 del 2008).

Bisogna, tuttavia, sgombrare il campo da un possibile equivoco, che potrebbe imputare ad una simile riflessione un tratto di marcata ingenuità. Nessuno, infatti, ignora che negli stessi ordinamenti fondati sul principio *stare decisis* il potere interpretativo del giudice è comunque parzialmente preservato, sia in ragione dell'accesso temporalmente prioritario che egli ha verso questioni non ancora ipotecate da pronunce delle Corti superiori, sia in forza dell'affinamento della tecnica di *distinguishing*¹⁵.

Ma una questione qualitativa non si risolve con argomenti di quantità. Si può ben comprendere che l'occasione, offerta alla Corte in alcune delle pronunce sopra richiamate, di scandagliare in profondità il contenuto precettivo della disposizione CEDU abbia potuto ingenerare l'illusione ottica per cui, in definitiva, nulla è mutato rispetto all'obbligo di uniformarsi alla "sostanza" della giurisprudenza di Strasburgo, ovvero di riconoscerne l'importante contributo esegetico, ai fini di stabilire il grado di verità di una proposizione giuridica, e nulla più. Ma l'operazione interpretativa nella quale la Corte è *costretta* ad impegnarsi, non avendo modo di sollecitare direttamente il giudizio di Strasburgo, in assenza di uno strumento equiparabile al rinvio pregiudiziale comunitario, è solo il primo, ritrattabile passo di un percorso che si conclude, su domanda di chi vi sia legittimato, con la pronuncia della Corte EDU. E dinnanzi a decisioni di quest'ultima che traggano dalla disposizione una norma di segno opposto a quella ricavata dalla Corte, non si vede allo stato come persistere sull'originaria posizione, in quanto smentita dal soggetto istituzionale cui lo stesso giudice costituzionale ha riconosciuto un primato interpretativo: temo insomma, benché ciò non sia di per sé un male, che, su questo piano, andrà dismessa la nostra abitudine mentale a reputare i precedenti di rigetto della Corte come dotati essi stessi di una particolare stabilità, ovvero di un grado di resistenza di fatto commisurato al prestigio di una giurisdizione che accetta di evolversi solo con prudenza, e sempre per ragioni gravi e ben documentate.

Nel nostro caso, infatti, per quanto il giudizio di Strasburgo cada su fatti, e non sulla validità delle leggi nazionali, resta vero che l'accertamento di una violazione strutturale determinata dalla fedele applicazione di una norma di legge, da parte della pubblica amministrazione, del giudice comune, della stessa Corte,

¹⁴ F. Sorrentino, *La Corte e le questioni pregiudiziali*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, 2008, 467 ss

¹⁵ Da ultimo, D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto: contributo allo studio dell'art. 101, secondo comma, della Costituzione italiana*, 2008, 28, ove si evidenzia la distinzione formale tra *stare decisis* e forza del precedente non vincolante.

implicherà una valutazione di difformità della norma rispetto alla Convenzione, che è, sul piano interno, null'altro che un profilo di illegittimità costituzionale, alla cui adesione la nostra Corte non pare potersi sottrarre. Al limite, sarà possibile rifugiarsi in una pronuncia di inammissibilità, quando l'accoglimento della questione esigerebbe l'esercizio di poteri manipolativi del sistema legislativo, che la Corte ritiene di non possedere, ma appare invece difficilmente immaginabile che le premesse teoriche, enunciate e finora osservate dalla Corte, la autorizzino ad aprire una contesa interpretativa sul merito delle scelte ermeneutiche di Strasburgo.

Su di un piano opposto, non mi riconosco del tutto nel rilievo, secondo cui il carattere episodico della giurisprudenza EDU renderebbe difficoltosa l'estrapolazione del principio di diritto, sotteso alla decisione maturata nei confronti di altri Stati, cui i giudici nazionali dovranno prestare obbedienza¹⁶. Se vera, questa obiezione apporterebbe un buon argomento, per sostenere che, perlomeno di fatto, i vincoli interpretativi europei siano ben più accomodanti di quanto non appaiano in teoria, giacchè per loro natura non facilmente esportabili al di fuori del caso deciso nei confronti dell'Italia. Mi pare, invece, che qui gli ostacoli non siano diversi da quelli (tutt'altro che lievi!) che incontra il massimatore di qualsivoglia decisione giudiziaria di merito, con il solo ulteriore corollario, per cui sarà necessario isolare il principio non solo dal fatto e dagli *obiter dicta*, ma anche da quanto nella decisione dipenda dalle peculiarità dell'ordinamento nazionale soggetto, direttamente o indirettamente, a scrutinio. Ciò fatto, resterà pur sempre una *ratio decidendi*, basata sul significato della Convenzione, con cui fare i conti, e che avrà l'ambizione di imporsi, quale che sia lo Stato di fatto condannato nel caso di specie.

Per concludere su questo primo punto, penso dimostrabile che, allo stato, la Corte costituzionale si ritenga pienamente soggetta al vincolo, enunciato dalle sentenze gemelle, di assumere nel proprio giudizio la CEDU, nel solo significato ad essa conferito in via interpretativa dalla Corte di Strasburgo¹⁷.

3. *L'art. 101 Cost. separa le strade di Corte e giudici comuni* Che dire, allora, del sacrificio imposto alla libertà interpretativa del giudice comune, così ampiamente avvertito, da indurre l'opinione, sopra ricordata, che si potesse aggirare il problema, ipotizzando nuove letture "evolutive" della giurisprudenza costituzionale?

A mio parere, qui la difficoltà nasce dal fatto che si continua a tenere insieme due questioni che mi sembrano del tutto diverse¹⁸, ovvero la sfera dei poteri interpretativi della Corte, e quella del giudice comune, nei confronti di una fonte del diritto di origine giurisprudenziale (le sentenze di Strasburgo). Vi sono, invece, ottime ragioni per distinguere, di carattere sia teorico, sia pratico, ovvero legate al buon

¹⁶ M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, Corti, giudici*, in *Giur. cost.* 2007, 3573

¹⁷ Secondo la ricostruzione suggerita in particolare da B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, ora in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, 2003, 217 ss

¹⁸ Nel senso opposto a quello del testo, M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corriere giuridico*, 2008, 203, secondo il quale le sentenze gemelle "postulano un vincolo della Corte (che però non può non essere anche dei giudici comuni: ndr corsivo nostro) all'interpretazione delle norme CEDU da parte della Corte di Strasburgo (vincolo vero e proprio, mi sembra, e non semplice suggerimento di tenere il massimo conto del diritto convenzionale vivente)". Tale A., peraltro, ritiene come chi scrive che per tale via si sia inflitta una "perdita secca" alla libertà interpretativa del giudice nazionale. In senso opposto a quest'ultima affermazione, invece, si veda F. Sorrentino, *Apologia delle "sentenze gemelle"*, in *Diritto e società* 2009, 220-221.

funzionamento di una tutela dei diritti fondamentali che “deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (Corte cost., sent. n. 317 del 2009). In altri termini: la tesi che si viene ora a sostenere parte dal presupposto che le coordinate di esercizio del potere interpretativo possano divergere, a seconda che esso sia esercitato dalla Corte, ovvero dai giudici comuni. Tuttavia, una tale supposizione andrebbe subito abbandonata, ove conducesse ad aumentare l’entropia del sistema, sconnettendo il processo di “reciproco appoggio¹⁹” che deve assistere le due giurisdizioni. Al contrario, si cercherà di dimostrare che tale raccordo non viene di fatto intaccato in alcun modo e che, quindi, la premessa si rivela funzionale a preservare il valore della giurisdizione, senza recare danno alla efficienza della tutela.

La Corte costituzionale ha elaborato nel tempo una rapsodia di strumenti, dalle interpretative di rigetto alle pronunce di inammissibilità per difetto di poteri manipolativi, dall’obbligo di interpretazione conforme fino alla teoria del diritto vivente, solo per citarne le più significative, che sono tutte scelte consapevoli di *self-restraint*, a vantaggio ora del legislatore, ora dei giudici, ritenute strategicamente utili per esercitare le proprie funzioni e legittimarsi nel sistema.

Anche le sentenze gemelle rispondono, almeno in parte, ad una simile logica, stavolta sul piano dei non meno delicati rapporti con le Corti europee. Come si è trovato un assestamento nei riguardi della Corte di giustizia, comunque idoneo a garantire buoni rapporti di vicinato, così si è cercato l’accomodamento con la Corte di Strasburgo. Non vi erano, secondo chi scrive, insuperabili motivi di ordine logico-giuridico per consegnare a tale ultimo giudice il predominio del processo interpretativo sulle norme della CEDU, ciò che è stato di recente dimostrato, anche con lo sguardo rivolto all’esperienza di altri Paesi aderenti alla Convenzione²⁰. Ma neppure ve ne erano, e ve ne sono, per negare alla Corte l’adozione di una strategia ritenuta opportuna ai fini della composizione di potenziali conflitti interpretativi, *giacchè l’art. 101, secondo comma, della Costituzione, non si rivolge al giudice costituzionale, ma al solo giudice comune*. Tale assunto, in sé del tutto ovvio per chi ritiene che la “legge” indicata dall’art. 101 Cost. sia la sola legge formale, od al limite gli atti aventi forza di legge, su cui verte il controllo della Corte²¹, mi sembra in ogni caso difendibile, anche muovendo dall’opposta e minoritaria²² convinzione, per altro contro-letterale, per cui il giudice soggiace, in virtù dell’art. 101, al diritto *tout court*.

Difatti, perlomeno per la parte della previsione costituzionale finalizzata a sottrarre il giudice all’obbligo formale di *stare decisis*, non si vede quale significato essa potrebbe avere con riferimento all’organo di

¹⁹ G. Silvestri, *Lo Stato senza principe: la sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, 2005, 134

²⁰ E. Lamarque, *I vincoli cit.*; Si veda anche S. Sonelli, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento inglese: lo Human rights Act 1988 e oltre*, 2010, 36, ove si evidenzia che, in difesa delle prerogative dei giudici nazionali, l’HRA (art2) imponga loro non di uniformarsi, ma di tenere in conto la giurisprudenza della Corte europea, purchè “chiara e costante”

²¹ Esclude che la Corte sia soggetta all’art. 101, secondo comma, Cost. R. Guastini, in Branca-Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione, sub art. 101*, 1994, 183, proprio in base all’argomento del testo. Nel senso che l’art. 101, secondo comma, Cost. si riferisca ai soli atti aventi forza di legge, N. Zanon-F. Biondi, *Diritto costituzionale dell’ordine giudiziario: status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, 2002, 34; inoltre, S. Bartole, *Autonomia ed indipendenza dell’ordine giudiziario*, 1964, 226 ss; da ultimo, per una visione di insieme, A. Di Giovine, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. Sicardi (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, 2010, 31 ss

²² Così viene ritenuta da A. Andronio, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 2008, sub art. 101, 1962. Per un inquadramento generale, S. Fois, *La riserva di legge: lineamenti e problemi attuali* 1963, 19 ss.

giustizia costituzionale, atteso che esso è unico, e non plurimo, attore di un giudizio che si conclude con sentenze verso cui non è ammessa alcuna impugnazione.

La disposizione costituzionale, così ricca di significato, assoggettando il magistrato soltanto alla legge, enuncia un principio deontologico sul quale trova fondamento la piramide dell'ordine giudiziario, e più in generale di tutte le magistrature: piramide meramente organizzativa, vale a dire, ma non funzionale, poiché chi esercita funzioni giurisdizionali non può essere obbligato a soggiacere al vincolo interpretativo che gli derivi da una Corte "posteriore" (anziché, "superiore"), ma è tenuto ad assumerlo in considerazione come contributo ad un processo ermeneutico di cui è referente obbligato il solo diritto prodotto dal titolare della funzione, in senso lato, normativa²³. Naturalmente, ciò non osta al dovere di uniformarsi al principio di diritto enunciato dal giudice della legittimità con riguardo ad una particolare controversia, che deve proseguire innanzi alla magistratura di merito (art. 384 cpc), ma tale rilievo nulla toglie al principio, poiché in questo caso si tratta di decidere in via definitiva una *res litigiosa* su cui si è già consumato il potere di esegesi dei tribunali di grado inferiore, che debbono ora non più interpretare il diritto, ma condurre a compimento, per quanto di spettanza, il necessario processo che sostituisce alla regola astratta della legge il comando concreto dell'ordinamento²⁴.

Mi permetto di aggiungere che la vitalità di un simile principio, di carattere ontologicamente democratico, si irrobustisce progressivamente, se ci si pone nella prospettiva di razionalità procedurale, a cui si è autorevolmente legata una teoria dello Stato di diritto. Che altro è, infatti, il libero confronto delle Corti sul significato del diritto, se non una "procedura che promuove una razionale formazione della volontà collettiva"²⁵, attraverso l'esposizione e la comparazione, in via logica e assiologica, di argomenti prodotti pubblicamente, ed in tal modo offerti al dibattito democratico²⁶, nelle forme razionali, e dunque democratiche, del *judicial process*²⁷? Davvero possiamo pensare, in un'epoca di sfarinamento della

²³ Si realizza, cioè, un "rapporto diretto tra il giudice e la norma di legge" (così N. Zanon-F. Biondi, *Diritto cit.*, 35). Inoltre, R. Guastini, in *Commentario cit.* 192;

²⁴ *Contra*, F. Sorrentino, *Apologia cit.*, 221; nel senso del testo, pur con diverse considerazioni, R. Guastini, *Commentario cit.* 192

²⁵ J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, 1991, trad. it. 1992, 100

²⁶ Ciò, muovendo dal presupposto che nei "casi difficili" "giudici diversi addivengono risultati diversi", poiché all'interno dell'ambito ragionevole, e sulla base di considerazioni dettate dalla ragionevolezza, a ciascun giudice compete la scelta della possibilità a suo avviso migliore" (così A. Barak. *La discrezionalità del giudice*, trad. it. 1995, 125).

²⁷ M. Cappelletti, *Giudici legislatori?* 1984, 126, cui si deve questo collegamento tra legittimazione democratica della magistratura e forme processuali. Va aggiunto che, nella prospettiva che si è propugnata or ora nel testo, l'ipotesi che il giudice pervenga ad una decisione in difetto di vincoli interpretativi è, in ultima analisi, meno rilevante dell'offerta ai consociati di una mera *chance* che ciò possa accadere, quando questi ultimi avviano un'azione giudiziaria, sia lungo linee di diritto inesplorate, sia sfidando un diritto giurisprudenziale consolidato. Il processo, in tali casi, consente al pluralismo dei valori, alla conflittualità degli interessi, e persino a proposizioni aletiche, di venire traslati nell'abbraccio di sintesi della razionalità procedurale, ove essi debbono ricevere un'adeguata ponderazione da parte del giudice, che può, viceversa, essere mancata nella fase del processo di integrazione politica parlamentare. Osserva, infatti, G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale. Relazione al convegno Valori e Costituzione a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, in [www.Associazione dei costituzionalisti.it](http://www.Associazione-dei-costituzionalisti.it), 6 ss, che "nella situazione attuale, (la) capacità di trasmettere alla prassi politica un criterio di razionalità operativa è venuta meno e anzi si è rovesciata nel suo contrario. Sono infatti evidenti i segni di un adattamento del diritto alla logica della politica, finanche nella metodologia di programmazione dei contenuti normativi". Innanzi al giudice, invece, alla condizione che questi sia in grado di interpretare liberamente la legge, non vi è chi non abbia il proprio diritto di tribuna, specie "nella prospettiva di una più efficace protezione dei diritti fondamentali" (G. Scaccia, *ibidem*, 5). Una tribuna, per di più, pubblica, e per ciò stesso capace di invertire il modello a cascata proprio del processo formativo dell'opinione proposto da K. Deutchs, *The analysis of International relations*, 1968, 101 ss, nell'opposto "ribollire dalla base in su" indicato da G. Sartori, *Democrazia. Cosa è*, 1994, 66 ss.

Naturalmente, tali considerazioni assumono un peso direttamente proporzionale all'elasticità del contraddittorio assicurata dal processo. Nel giudizio costituzionale, per tale ragione, esse debbono venire apprezzate al netto degli ostacoli frapposti all'intervento di terzi, per quanto non manchino, almeno in linea teorica, gli strumenti per assecondare, nell'incidente di legittimità costituzionale, la tendenza del

coesione sociale, ove il pluralismo dei valori riduce (a mio parere, in modo benefico, perché indirizzato ad una nuova forma di coesione) le certezze di ieri a mere linee di sviluppo proponibili per il domani, di affidarci pacificamente, direi ciecamente, alla guida di una qualsivoglia Corte, sia pure europea, perché essa ci insegni ciò che i nostri diritti significano? O non dovremmo, forse, essere una volta di più grati al nostro Costituente, per averci somministrato un principio che ci consente, meglio e più profondamente che altrove, di “sviluppare e testare il diritto attraverso la sperimentazione da parte dei cittadini e la discussione giudiziale”?²⁸

Anche qui, bisogna intendersi: non intendo affatto dire che libertà di dissenso interpretativo equivalga ad anarchia interpretativa: non si può ignorare che, dopo avere aperto il dibattito, esso va poi chiuso per mezzo di decisioni che risolvano la controversia concreta, ed elaborino regole di condotta sufficientemente certe²⁹. Ma a questo obiettivo i nostri giudici, vorrei dire tutti i giudici, sanno bene di non potersi sottrarre, giacché rientra nel loro bagaglio culturale e professionale l'accettazione della sconfitta, la repressione del dissenso interiore, quando si soccombe nell'agone pubblico. Va imposta, però, una duplice condizione: anzitutto, che la partita sia stata giocata, che si sia potuto, in altri termini, dissentire e tener duro, fino a che la propria opinione non sia stata rigettata dalla comunità aperta degli interpreti; e poi, che si riconosca la provvisorietà di ogni risultato, e che, conseguentemente, si sia pronti a testarlo nuovamente, ove persista la “sperimentazione” in tal senso da parte dei soggetti che vi abbiano interesse.

In conclusione, fino a che l'attività giurisdizionale rientra nell'orbita dell'art. 101, secondo comma, Cost., si può dubitare che la stessa Corte costituzionale possa imporre al giudice comune incondizionata obbedienza ad un processo interpretativo di cui questi non sia stato parte attiva.

Con riguardo alle sentenze della Corte di Strasburgo, in particolare (le decisioni della Corte di giustizia pongono, infatti, un problema in parte differente), non lo potrebbe in linea astratta, giacché la riconosciuta supremazia della Costituzione sulla CEDU non autorizza deroghe all'art. 101 Cost., e neppure in via di fatto,

giudice comune, ed in particolare del giudice amministrativo, all'espansione della cerchia dei soggetti intervenienti (si consenta, nella ormai vasta letteratura sul punto, di rinviare alle proposte allora formulate in M. Bignami, *L'ordine dei medici “espugna” il processo costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1995, 1293 ss). Tuttavia, bisogna pur considerare che il fulcro dell'agone si concentra, anzitutto, nel processo comune, per il quale soltanto si è detto che “la (...) produzione giudiziale di diritto (...) è giustificata da quel valore non solo giuridico, ma anche politico e morale, che è la *giustizia*” del caso concreto, mentre “le cose stanno diversamente per le decisioni della Corte costituzionale che annullano norme incostituzionali” con effetto *erga omnes* (così M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*. Relazione al convegno dell'AIC del 2004, in www.Associazionedeicostituzionalisti.it). Ciò che è importante è perciò, prima di tutto, l'aperto e costante confronto dei giudici comuni, tra di loro e nei riguardi delle Corti superiori, il cui dialogo reciproco, viceversa e come si è detto nel testo, risponde ad una logica non interamente sovrapponibile a quella sottesa al primo.

²⁸ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, 1977, trad. it. 2010, 314. È stato osservato (D. Bifulco, *Il giudice cit.* 38) che nei paesi di *common law* il vincolo di *stare decisis* è attenuato di fatto dalle severe restrizioni poste all'impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali. Tale condizione, ovviamente, non si riproduce in Italia.

²⁹ R. Alexy, *Teoria dell'interpretazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, trad. it. 1998, 216, il quale ha tra l'altro evidenziato come la razionalità del discorso giudiziario poggi su l'interazione di molteplici fattori, tra cui gli stessi precedenti non formalmente vincolanti.

giacchè non sarebbe concepibile, in questo caso, l'impiego del conflitto di attribuzione per piegare il giudice comune³⁰.

Ed infatti, a parere di chi scrive, non vi è nulla nelle sentenze gemelle, e poi nelle pronunce costituzionali successive, che possa inequivocabilmente venire inteso nei termini, appena ripudiati, di una totale soggezione del giudice comune alle pronunce giurisdizionali di Strasburgo, anziché al testo della CEDU. La Corte, piuttosto, dispone di sé e del proprio processo, decidendo una forma di collaborazione con i giudici europei, che rende l'interpretazione di questi ultimi privilegiata *ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi*.

4. Primi suggerimenti operativi: il diritto fondamentale tra Costituzione e CEDU Se si accetta la premessa che precede (ovviamente discutibile, come la gran parte delle proposizioni che concernono una materia così viva e complessa), si può immaginare il seguente meccanismo:

a) il giudice comune si trova ad applicare un atto avente forza di legge (nazionale), che pone dubbi di costituzionalità "diretti" (ovvero, in relazione ad una disposizione costituzionale sui diritti) ed "indiretti" (ovvero, in relazione ad una disposizione della CEDU, che diviene norma interposta, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.). In primo luogo, è dovere di tale giudice fugare il dubbio diretto, giacchè, superando il rilievo formale concernente l'equiparazione gerarchica tra disposizioni costituzionali attributive di diritti ed obbligo di uniformare la legislazione al diritto internazionale pattizio, persiste una logica sostanziale di sovraordinazione tra la Costituzione e la CEDU, teorizzata dalla stessa Corte. Ove non sia possibile un'interpretazione adeguatrice, dovrà essere sollevata, pertanto, questione di costituzionalità, mentre, nel caso contrario, lo stesso giudice comune sarà in grado di trarre dalla legge uno o più significati conformi a Costituzione;

b) una volta identificati i predetti significati, andrà assolto il compito di verificare se essi siano compatibili con la CEDU. A tale scopo, il postulato da cui muove chi scrive è, come è oramai chiaro, quello secondo cui le pronunce della Corte di Strasburgo non sono incondizionatamente vincolanti, se non con riguardo alla specifica controversia che tale Corte abbia già avuto modo di valutare, e di cui, o dei cui effetti, torni a conoscere il giudice nazionale. Ovviamente, quest'ultimo non potrà né ignorare la giurisprudenza europea, né sottrarvisi senza adeguata e profonda motivazione, condotta con riguardo al significato della Convenzione, colto anche nel rapporto con i principi costituzionali. Tale operazione si conclude, quando e se si possa individuare in via interpretativa una norma rispettosa della CEDU. Ove, invece, ciò non sia possibile, il rimettente investirà la Corte del proprio dubbio indiretto di costituzionalità;

³⁰ A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie interpretative e rimedi giurisdizionali*, 2003, 393 osserva che "la via giurisdizionale del controllo diffuso (...) pone capo ad un eccesso di potere del giudice (a scapito delle competenze istituzionali della Corte costituzionale)". Nel caso di specie, invece, qualora il giudice comune offrisse una propria interpretazione della CEDU in contrasto con quella di Strasburgo, non si vede quale attribuzione costituzionale della Corte verrebbe menomata. Il caso è dunque diverso dall'ipotesi in cui il giudice comune disapplichi una norma di legge per contrasto con il diritto comunitario non direttamente applicabile, anziché sollevare questione di legittimità costituzionale: in tale evenienza, infatti, la Corte verrebbe menomata, attraverso l'impedimento così frapposto all'esercizio del controllo di costituzionalità.

c) è verosimile che, nell'ultimo caso appena tratteggiato, la Corte si trovi a conoscere di una questione formulata con riguardo al significato che la disposizione convenzionale ha assunto nella giurisprudenza di Strasburgo. Se, infatti, il rimettente avesse ritenuto di "assolvere" la legge nazionale, ad esempio al fine di preservarne una finalità ritenuta essenziale e compatibile con la CEDU (scritta), ma in potenziale conflitto con l'orientamento interpretativo europeo, la questione semplicemente non sarebbe stata sollevata. Né, a maggior ragione, ciò sarebbe accaduto, qualora il giudice *a quo* avesse avuto successo nel conciliare il significato della disposizione nazionale con la giurisprudenza di Strasburgo;

d) per tale ragione, accadrà il più delle volte che la Corte sia indotta dal rimettente stesso ad applicare la norma interposta, proprio come prodotto dell'interpretazione di Strasburgo; nelle residuali ipotesi in cui ciò non si verifichi, la Corte provvederà a smentire il rimettente in ordine all'esito ricostruttivo della giurisprudenza europea, pretendendo che, innanzi a sé, siano dedotte le sole questioni fondate correttamente su quest'ultima. La questione erroneamente posta, invece, sarà dunque oggetto di una pronuncia di rigetto (qualora la norma CEDU, se interpretata in linea con Strasburgo, consenta di escludere il vizio denunciato), ovvero di inammissibilità (per avere il rimettente ricostruito in modo manifestamente errato il quadro normativo "interposto"). Benchè vi sia un'evidente sovrapposizione logica tra tali profili, che ragioni sistematiche suggerirebbero di trattare unitariamente, si potrebbe infatti ritenere che l'alternanza della pronuncia di merito e di quella processuale consentano alla Corte di chiudere definitivamente la questione, nel primo caso, o di tenerla aperta nel secondo, sollecitando il rimettente a proporla in termini che ne permettano l'accoglimento;

e) continuando a ragionare in questi termini, ne risulta che la Corte sarà di regola investita della questione, solo dopo che i giudici comuni abbiano rinunciato a proporre, in eventuale dissenso da Strasburgo, opzioni interpretative (della CEDU) idonee a risolvere il dubbio di compatibilità con essa della legge (nazionale). Torno ad enfatizzare questo punto cruciale: ciò, a mio parere, non dovrà accadere troppo presto, se vi sono ottime ragioni per opporre resistenza, ma neppure troppo tardi, quando, vale a dire, la giurisprudenza di Strasburgo: 1) abbia mostrato di tenere nella giusta considerazione le istanze che le provengono dalle giurisdizioni nazionali, approfittandone per un più analitico esame di profili di diritto interno, che in prima istanza avrebbero potuto sfuggirle; 2) si sia, nonostante ciò, assestata in via definitiva su di un'interpretazione contraria. Entrambe le condizioni appaiono necessarie, e instaurano un circuito di virtuoso confronto: i giudici europei non possono pretendere di ignorare la voce dei giudici nazionali, ma debbono loro perlomeno una risposta; per contro, questi ultimi, che già sanno uniformarsi nel medio termine alle indicazioni nomofilattiche della Cassazione, non dovrebbero trovare difficoltà ad adottare analoga condotta, nei riguardi della Corte europea. Anzi, ciò accadrà di regola, mentre i casi di conflitto vi potranno certamente essere, ma in ipotesi la cui eccezionalità è di per sé indice di un beneficio, conseguente al confronto, assai maggiore del danno temporaneo che ad esso può seguire;

f) un sistema così congegnato è in linea di principio capace di assicurare, secondo le indicazioni della Corte, la più ampia tutela dei diritti fondamentali innanzi al giudice (sent. n. 317 del 2009): se, infatti, la Costituzione

offre, come è ben possibile³¹, una garanzia di essi più ampia di quella derivante dalla CEDU, si incorre nell'ipotesi sopra tratteggiata *sub a*), ovvero si provvede, graduando interpretazione conforme e dichiarazione di illegittimità costituzionale, ad eliminare le norme confliggenti con la Carta, e si supera così di fatto il problema della compatibilità con la Convenzione. Se, invece, la CEDU attribuisce diritti più larghi, essi, in base alle ipotesi *sub b*) e seguenti, finiranno per affermarsi ad opera del giudice comune, od infine della Corte costituzionale stessa, sulla base della giurisprudenza di Strasburgo. Si badi: nessuno pagherà pegno, sotto forma di un sacrificio definitivo del proprio diritto fondamentale, a causa dell'opportunità, qui suggerita, di aggravare metodologicamente il procedimento di applicazione della CEDU per mezzo del dibattito tra giudici e Corti, poiché, in ultima istanza, vi sono ottimi motivi per concludere che la pronuncia di Strasburgo sul caso concreto impedisca, pur a confronto ancora aperto, che l'ordinamento nazionale porti a compimento una decisione oggetto di condanna in questa sede, persino se passata in giudicato³².

Chi scrive si rende ben conto che quanto appena suggerito è niente di più che una proposta operativa, contestabile nelle premesse e nelle conclusioni. Del resto, essa non risolve, ma forse in parte aggira, i problemi teorici e pratici che era sembrato di poter porre in luce nel precedente intervento su questi temi. E, tuttavia, forse questa proposta serve a dirimere, in modo non del tutto privo di armonia, i casi più frequenti e meno complicati: in una tale materia, non sono in grado di offrire conclusioni più ambiziose.

5. Le novità del Trattato di Lisbona. Alla ricerca di un sistema delle fonti. Venendo al diritto comunitario, mi pare argomentabile che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona abbia impresso un'impressionante accelerazione alla tutela dei diritti fondamentali, sotto profili concorrenti³³. L'art. 6 del Trattato sull'Unione ha, infatti, per un verso riconosciuto alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei trattati (comma 1); per altro verso, ha stabilito che l'Unione aderisce alla CEDU (comma 2); infine, ha aggiunto che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, *fanno parte* dei principi generali del diritto comunitario (comma 3), quando, invece, la precedente versione dell'art. 6, comma 2, del Trattato si limitava ad affermare che tali ultimi diritti venivano *rispettati* dall'Unione³⁴.

Si profila, così, un triplice livello di tutela: la Carta di Nizza, che ha il rango del diritto comunitario originario³⁵; la CEDU, che ha il valore delle convenzioni internazionali cui l'Unione aderisce³⁶; i diritti desumibili dall'interazione tra CEDU e tradizioni costituzionali comuni, che valgono come principi generali del diritto

³¹ Ad esempio, sentenza n. 219 del 2008 della Corte costituzionale

³² Cass. n. 2800 del 2007, Dorigo

³³ Tuttavia, è diffuso il rilievo secondo cui la Carta, in quanto rivolta alle sole istituzioni dell'Unione, non sarebbe in grado di operare "trasformazioni radicali" nel sistema nazionale di tutela dei diritti (così M. Cartabia-A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in Giur. cost. 2002, 4482); inoltre, A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in Giur. cost. 2001, 193, che ritiene la Carta "irrilevante" con riguardo al "diritto residuale", ovvero alle materie che non appartengono alla competenza dell'Unione.

³⁴ V. Sciarabba, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, 2008, 223; A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, 2002, 18 ss ha negato, sulla base dell'originaria formulazione dell'art. 6, comma 2, del trattato, che i principi fossero "diritto europeo".

³⁵ J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, 2007, 53

³⁶ L'art. 218, comma 11, del Trattato di Lisbona rende chiara la sotto-ordinazione degli accordi internazionali ai trattati, stabilendo che, in caso di contrasto, l'accordo non può entrare in vigore. Sul punto, con riferimento all'art. 300 del TCE, C. Zanghi, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 2005, 269; sulla stipula di accordi internazionali da parte dell'Unione, G. Tesaro, *Diritto comunitario*, 2003, 75 ss.

comunitario³⁷. È vero che essi tendono a sovrapporsi, soprattutto se si considera l'art. 52, comma 3, della Carta, secondo cui "*laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione (...), il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione*". Tuttavia, ciò non toglie che la collocazione nel sistema delle fonti comunitarie sia differente, e che di tale elemento normativo si debba tener conto, anche al fine di determinare un criterio gerarchico di composizione delle antinomie³⁸.

Al vertice della piramide si trovano i diritti recepiti nella Carta, in quanto parificata ai Trattati; su di un gradino inferiore, vi sarà la CEDU, una volta che l'Unione vi avrà aderito; i diritti enucleabili dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni servono da valvola di chiusura del sistema, e di raccordo con le Costituzioni nazionali³⁹. Ne segue pacificamente che, ove la CEDU, secondo l'interpretazione accolta dalla Corte di Strasburgo, consentisse una limitazione al diritto che si debba stimare contraria alla Carta, essa non potrà venire tollerata nell'ordinamento comunitario (ciò che, del resto, è pienamente conforme a quanto previsto dall'art. 53 della Convenzione, secondo cui quest'ultima non pregiudica le più ampie libertà concesse dagli Stati aderenti).

L'ipotesi opposta, invece, è più dubbia, e vi si accenna ora, per tornarvi in seguito: se la limitazione del diritto è *consentita* dalla Carta, e vietata dalla Convenzione, è quest'ultima a trovare applicazione, chiudendo, in virtù di un obbligo internazionale, lo spazio discrezionale concesso al legislatore. Non vi è in ciò alcuna contraddizione con il primato gerarchico della Carta, anche senza voler richiamare la clausola della protezione più estesa, posta dallo stesso art. 52, comma 3 ("*la presente disposizione non preclude che il*

³⁷ A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo* cit. 2002, 17

³⁸ In senso contrario, L. Daniele, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'unione europea* 2009, III, 652, che inclina a negare spazio al criterio gerarchico. Più in generale, è stato A. Ruggeri a sviluppare la tesi secondo cui, nella sovrapposizione di parametri e pronunce giurisprudenziali divergenti, "nulla può dirsi a riguardo delle antinomie in parola in astratto, dovendosi piuttosto stabilire di volta in volta, con apprezzamento in concreto, quale sia la norma più adeguata al caso, siccome maggiormente conducente ad una sintesi ottimale di ordine assiologico: i conflitti tra giudicati, in quanto conflitti tra valori, richiedono insomma di essere composti con la tecnica usuale del bilanciamento secondo i casi" (da ultimo, A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in [www. associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2010, 40), incontrando larghi consensi: ad es., V. Piccone, *L'interpretazione giurisdizionale fra diritto interno e diritto euro unitario*, in E. Falletti-V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, 2010, 109, invita a "spostare l'asse dal piano della teoria delle fonti a quello della teoria dell'interpretazione"; R. Conti, *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto dell'Unione non immediatamente efficace fra rimedi interni ed euro unitari*, ivi, 279, aggiunge che "la prospettiva che sembra prevalere nella Corte di giustizia pare sganciarsi da una logica gerarchico-formale fondata cioè sull'immediata rilevanza di una fonte, se non dotata di immediata efficacia, sull'altra, riportandosi a visioni valoriali". Senonché, mi riesce difficile immaginare come la risoluzione di una fattispecie concreta, nella quale entrano in conflitto disposizioni normative di cui si assume la divergenza, possa venire definita da un giudice, in assenza di una tavola ordinata nel sistema delle fonti, sulla base della quale operare il bilanciamento. Non è in discussione, in altri termini, la necessità di conciliare i principi che convergono verso la fattispecie in questione secondo tecniche di proporzionalità, né può sfuggire che la precomprensione da parte del giudice della base ermeneutica su cui decidere ha carattere largamente discrezionali (J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, 1972, trad. it. 1983, 132 ss). Tuttavia, ciò va affermato quando tali principi godano della medesima forza, ovvero siano stati equiordinati secondo un apprezzamento di valore che compete ad organi legittimati democraticamente, giacché sacrificare, sia pure in minima parte, un principio espressamente collocato in posizione di supremazia rispetto ad un altro subordinato, significa, a mio parere, null'altro che violare il primo ed invertire la scelta democratica. Non credo, pertanto, che sia possibile sottrarsi ad un tentativo di formalizzazione del sistema delle fonti comunitarie, che offra il quadro preliminare per la risoluzione delle antinomie. In particolare, si veda C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, in *Giur. cost.* 2007, 3518 ss, per il quale la tutela multilivello dei diritti "non consegue affatto da indiscriminate "aperture" dei giudici nazionali alla giurisprudenza delle Corti sovranazionali e internazionali, con una corrispondente ritrattata dalle tradizionali impostazioni "formalistiche a vantaggio di quelle "assiologico-contenutistiche".

³⁹ M. Cartabia, *Principi inviolabile ed integrazione europea*, 1995, 19 ss.. Il significato del comma 3 dell'art. 6, in rapporto con la futura adesione alla CEDU, è controverso: si inclina a ritenere che esso serva a garantire un certo grado di flessibilità nello sviluppo dei diritti, evitando che essi siano irrigiditi dalla Carta e dal testo della Convenzione (ad es, F. Sorrentino, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)* in *Il Corriere giuridico*, 2010, III, 145 ss.). Il punto verrà affrontato a breve nel testo.

diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”), ove si reputi che, a seguito di adesione, la CEDU divenga “diritto dell’Unione”.⁴⁰ Se, invece, in un caso di conflitto tra libertà contrapposte, il bilanciamento operato in sede comunitaria, sulla base della Carta, dovesse, in via eccezionale, *imporre* una limitazione ad un diritto, per tutelarne un altro, credo che la Convenzione non sarebbe applicabile, pur conseguendo a ciò la responsabilità internazionale dell’Unione innanzi alla Corte di Strasburgo (si tratterebbe di un’ipotesi speculare al controllo di costituzionalità rivendicato dalla nostra Corte sulla legge di esecuzione della CEDU, ove essa leda una disposizione costituzionale). In questo caso, infatti, non si saprebbe davvero a quale diritto concedere la “protezione più estesa”, visto che garantirne uno significherebbe sacrificarne un altro⁴¹. Tale clausola, invece, potrebbe assicurare prevalenza alla CEDU, quando la limitazione ad una libertà si ritenga imposta dal diritto comunitario originario per soddisfare interessi, che tuttavia non si coagulino intorno ad un’altra libertà di pari valore. In tali ipotesi, essa dovrebbe garantire che la libertà prevalga sull’offesa⁴². Bisogna aggiungere che, fino ad oggi, permane una netta distinzione, nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione, tra diritti attribuiti dalla Carta di Nizza e diritti riconosciuti dalla CEDU, in quanto convenzione internazionale, cui l’Unione può aderire. Infatti, va sottolineato che la Carta è divenuta oramai pienamente efficace, insieme con il Trattato di Lisbona, mentre ciò non si può dire con riguardo alla CEDU, nell’attesa che sia perfezionato il procedimento di adesione. Se si è rimarcato tale profilo, in sé piuttosto chiaro, dipende dal fatto che esso sembra posto in discussione da alcune pronunce del giudice amministrativo, che paiono invece orientate a riconoscere fin d’ora l’efficacia comunitaria della Convenzione, ai sensi dell’art. 6 del Trattato. Si tratta della sentenza n. 11984 del 18 maggio 2010 del Tar Lazio, ove si trova scritto che “*il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell’Unione (...) ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali (...) in forza del diritto comunitario*”. In precedenza, la sent. n. 1220 del 2 marzo 2010 del Consiglio di Stato⁴³, aveva ritenuto che gli artt. 6 e 13 della CEDU fossero “*divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell’art. 6 del Trattato*”. Entrambe tali premesse teoriche sono strumentali all’asserzione, ritenuta conseguente, per cui la legge nazionale in contrasto con la CEDU possa venire direttamente disapplicata dal giudice comune, senza che questi sia obbligato a sollevare incidente di legittimità costituzionale.

⁴⁰ Secondo A. Celotto, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano?*, in www.giustamm.it, l’adesione dell’Unione alla CEDU “non comporterà l’equiparazione della CEDU al diritto comunitario, bensì, semplicemente, una utilizzabilità quali “principi generali” del diritto dell’Unione al pari delle tradizioni costituzionali degli Stati membri”. Tuttavia, spunti contrari si traggono dalla giurisprudenza lussemburghese, la quale, fin dalla sentenza R & V v. Haegman del 30 aprile 1973, ha affermato che gli accordi internazionali stipulati dall’Unione sono “parte integrante dell’ordinamento giuridico comunitario” (così anche la sentenza International Air Transport Association del 10 gennaio 2006, in C. 344/04, da ultimo, la sentenza International Association of Independent Tanker Owners del 3 giugno 2008, in C. 308/06). Una volta ammesso che la CEDU, perfezionatosi il procedimento di adesione, divenga parte dell’ordinamento comunitario vincolante per le istituzioni e gli Stati membri (art. 216, comma 2, del Trattato di Lisbona), parrebbe che essa vada ad occupare, nel sistema comunitario delle fonti, la posizione intermedia tra diritto primario e diritto derivato che spetta a tutti gli accordi internazionali dell’Unione (sul punto specifico, pur con conclusioni differenti in linea generale da quelle del testo, A. Gianelli, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2009, 698-699).

⁴¹ S. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, 2005, 21

⁴² J. Ziller. *Il Trattato* cit. 53 ss

⁴³ Su cui G. Colavitti-A. Pagotto: *il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l’inizio di un nuovo percorso?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2010

Qui, è necessario procedere con rigore: non è chiaro, infatti, se la *ratio decidendi* di tali decisioni poggi sul comma 2, ovvero sul comma 3 dell'art. 6 del Trattato. Nel primo caso, esse non potrebbero in alcun modo venir condivise, poiché è invece evidente che l'adesione dell'Unione alla CEDU non può essere frutto di un proclama unilaterale della prima, a mezzo di una propria norma giuridica, ma necessita di negoziati, che si concludano con un accordo bilaterale, in conformità al diritto internazionale. In attesa che ciò si verifichi, il comma 2 dell'art. 6 ha il solo effetto di consentire l'adesione dell'Unione, superando il ben noto parere contrario espresso tempo addietro dalla Corte di giustizia⁴⁴. Nel secondo caso, la questione è più complessa, e necessita di ulteriori riflessioni, cui si provvederà tra breve; basti per ora dire che essa involge la problematica dell'efficacia diretta dei "principi generali" dell'Unione, quali fonte del diritto applicabile dal giudice comunitario e nazionale, in assenza della intermediazione di un ulteriore atto normativo, al fine di regolare gli stessi rapporti intersoggettivi, di cui essi conoscano nell'esercizio delle rispettive competenze. Se tale efficacia andasse negata, nuovamente l'approdo del giudice amministrativo sarebbe prematuro. E ciò viene detto sulla base dell'ulteriore premessa, secondo cui il comma 3, nell'incorporare i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, abbia autonomia rispetto al comma 2, ovvero assicuri l'efficacia di detti diritti quali "principi generali", a prescindere dall'adesione alla Convenzione: il Tar Milano, ad esempio, con una sentenza di largo respiro (la sentenza del 15/9/2010, in causa n. 951 del 2006), dopo avere correttamente escluso la vigente incorporazione della CEDU nel diritto dell'Unione, ai sensi del comma 2 dell'art. 6, sembrerebbe poi inclinare per una lettura combinata del comma 2 con il successivo comma 3, dalla quale si potrebbe desumere, a mio parere in modo non convincente, che da un lato il rango della CEDU, una volta perfezionata l'adesione dell'Unione, sia di "principio generale", e dall'altro che i principi generali derivanti dalla CEDU, ai sensi del comma 3, siano efficaci solo a seguito di tale adesione. Ma, se così fosse, non si vede quale novità originerebbe, sul piano del sistema delle fonti, dall'adesione alla CEDU, atteso che essa già costituiva una fonte cui attingere, unitamente alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, al fine di vincolare le istituzioni comunitarie all'osservanza dei diritti.

Si potrebbe ritenere, invece, che il comma 3 dell'art. 6, consolidando gli esiti della giurisprudenza della Corte di giustizia, consenta l'estrapolazione di un "principio" di diritto comunitario solo attraverso una lettura combinata e sinergica di CEDU e tradizioni costituzionali comuni, che ben potrà divergere dall'applicazione della Convenzione isolatamente considerata. Tra il comma 2 ed il comma 3 dell'art. 6 del Trattato, dunque, pare esservi una distinzione per oggetto (poiché, in base al comma 2, la CEDU integra l'ordinamento comunitario con ogni sua disposizione e solo con le proprie disposizioni, mentre, in base al comma 3, essa rileva con riferimento ed in relazione alle tradizioni costituzionali comuni), e soprattutto per efficacia (poiché l'accordo internazionale stipulato dall'Unione ha forza intermedia tra il diritto originario ed il diritto derivato, mentre i principi generali di tutela dei diritti fondamentali assumono il superiore rango dei Trattati⁴⁵).

⁴⁴ Parere 2/94 del 28 marzo 1996

⁴⁵ Da ultimo, la sentenza Kadi del 3 settembre 2008, in C. 402/05 e 415/05 ha ribadito che "i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza" (punto 283) e ha chiaramente affermato che "gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il

6. *I nodi interpretativi come scelta di valori* L'inclusione della Carta di Nizza, e, in prospettiva, della CEDU, nell'ambito materiale del diritto dell'Unione costituisce il più insidioso attacco che la giurisdizione costituzionale abbia mai dovuto fronteggiare⁴⁶. Difatti, essa potrebbe condurre il giudice comune alla disapplicazione della legge nazionale per contrasto con una disposizione comunitaria in punto di tutela dei diritti, anziché al promovimento della questione di legittimità costituzionale⁴⁷. Anzi, ove si riconosca il carattere direttamente applicabile di tale "parametro" comunitario, quest'ultima soluzione appare, allo stato, la sola corretta, poiché la Corte stessa ha stabilito la priorità logico-giuridica della questione comunitaria risolvibile dal giudice mediante disapplicazione, rispetto alla questione di costituzionalità, destinando quest'ultima all'irrelevanza. Si profila, dunque, un sindacato diffuso sulla legge, la cui ultima istanza giurisdizionale si colloca, tuttavia, al di fuori del circuito nazionale, poiché i nostri giudici sono tenuti ad osservare quale fonte del diritto le sentenze della Corte di giustizia, alla quale possono, ma in ultimo grado debbono, rivolgersi per mezzo del rinvio pregiudiziale.

Né, su questo piano, può ripetersi quanto già osservato *supra* con riguardo alla CEDU, su due punti salienti della questione. Da un lato, infatti, non può venire facilmente speso l'argomento traibile dall'art. 101 Cost., poiché esso richiederebbe una dimostrazione, che non è questa la sede per affrontare, in ordine al carattere supremo di tale principio, ovvero alla sua invocazione quale contro-limite al diritto comunitario, che non è invece richiesto in riferimento alla Convenzione. E tale dimostrazione sarebbe, per quel che più conta, in contrasto con la giurisprudenza costituzionale, che si è già pronunciata nel senso opposto (sent. n. 285 del 1993). Dall'altro lato, neppure possiamo tornare a propugnare a cuor leggero, come nel caso precedente, la prevalenza del sistema costituzionale, nella sua interezza, sul sistema comunitario, poiché, per mezzo della copertura offerta dall'art. 11 Cost., quest'ultimo è già stato accettato dalla Corte quale polo alternativo di creazione di un diritto superprimario, tenuto ad arrestarsi solo innanzi ad un contro-limite che è sempre predicato, ma mai ravvisato⁴⁸.

In altri termini: siamo qui privi di un criterio formale, tratto dalla teoria generale delle fonti⁴⁹, che ci possa guidare verso il giudizio della Corte, ai fini della risoluzione delle antinomie. Dobbiamo, invece, *scegliere* se, ad oggi, ci convenga preservare, per quanto possibile, il sindacato accentrato della Corte, ovvero se i tempi siano maturi per evolvere verso un sindacato diffuso in tema di diritti fondamentali, che faccia capo in ultima

principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità" (punto 285). Secondo G. Strozzi, *Diritto dell'Unione europea*, I, 2001, 219 "i principi generali, almeno quelli definiti come fondamentali, si pongono al vertice degli atti normativi" e consentono una "correzione" in via interpretativa degli stessi Trattati.

⁴⁶ Sul punto, naturalmente, vi sarebbe molto da aggiungere, ma, in questa sede, è solo possibile un rinvio alle considerazioni svolte da M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione conforme a*, disponibile in www.federalismi.it

⁴⁷ M. Cartabia-A. Celotto, *La giustizia costituzionale cit.*, 4490

⁴⁸ V. Onida, *Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in Quad. cost. 2002, 549 ss. In giurisprudenza, si veda la sent. n. 232 del 1989 della Corte costituzionale.

⁴⁹ G. Silvestri, *Verso uno ius comune europeo dei diritti fondamentali*, in Quad. cost. 2006, 14, osserva, più in generale, che "la ricerca di regole formali precostituite è destinata all'insuccesso"

istanza alla Corte lussemburghese⁵⁰, confinando il nostro giudice delle leggi a risolutore dei conflitti costituzionali, ed a regolatore delle competenze “nazionali” di Stato e Regioni.

Quando si parla di scelta, beninteso, si pensa ad un’opzione di valore, guidata dalle disposizioni normative rilevanti, ed al tempo stesso da esse delimitata entro confini ben precisi. Non sarà, ad esempio, possibile negare che la legge nazionale debba essere disapplicata dal giudice comune, anziché impugnata innanzi alla Corte, ove sia acclarato che si versa in materia oggetto di certa competenza dell’Unione, e laddove venga in gioco un diritto, di fonte comunitaria, immediatamente e direttamente applicabile per definire la fattispecie sottoposta a cognizione giurisdizionale, in senso diverso da quanto invece prescritto dalla legge in questione. Ma vi sono ipotesi assai meno evidenti di quest’ultima, per le quali, invece, i postulati attraverso cui l’interprete si trova a transitare sono così malcerti, da giustificare soluzioni guidate, piuttosto, da un’inclinazione privilegiata verso la supremazia dei valori comunitari, ovvero nazionali, ed in ultima istanza verso l’immediato sindacato accentrato della Corte costituzionale, ovvero verso il postergato controllo della Corte di giustizia, per quanto preceduto dal sindacato diffuso del giudice comune.

Sono quattro, in particolare, gli snodi da affrontare. Non è certo questa la sede per discuterne sistematicamente, tanto più che almeno i prime tre sono stati ampiamente studiati in dottrina: mi limiterò, dunque, a segnalarli, con brevi osservazioni a margine:

a) in primo luogo, bisogna stabilire entro quali limiti materiali vengano in rilievo i diritti fondamentali riconosciuti dall’Unione. L’art. 6, comma 1, del Trattato di Lisbona ribadisce che “*le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati*”, mentre l’art. 51 della Carta di Nizza si cura di aggiungere che non sono introdotte “*competenze nuove o compiti nuovi*”. In altre parole: la prospettiva della disapplicazione sorge, solo se la controversia appartiene, *ratione materiae*, al diritto comunitario. Ciò è, in linea teorica, incontestabile⁵¹. Ma, nei fatti, è tutt’altro che semplice porre freno alle potenzialità espansive dell’ordinamento dell’Unione, incoraggiate dalla aggressiva giurisprudenza lussemburghese⁵². Del resto, che un sistema articolato di diritti *fondamentali* possa funzionare a compartimenti stagni, aprendosi e chiudendosi a seconda dell’oggetto della controversia, è fenomeno che forse risponde a logica astratta, ma che certamente ripugna ad un approccio che ponga al centro

⁵⁰ Coglie molto bene questo punto S.G. Guizzi, *Il ruolo cit.*, osservando che “non è, quindi, azzardato, ipotizzare che l’esito di tale processo, in coerenza, oltretutto, con quella prospettiva “monista” della quale si è fatto più volte cenno, possa consistere in un’evoluzione, per la Corte di Giustizia dell’Unione europea, affine a quella conosciuta dalla Corte suprema degli Stati Uniti d’America”

⁵¹ V. Angiolini, *Carta dei diritti dell’Unione europea e diritto costituzionale: incertezze apparenti e problemi veri*, in *Dir. Pubbl.* 2001, II, 929

⁵² M. Cartabia, in R. Bifulco, A. Cartabia, A. Celotto (a cura di) *L’Europa dei diritti. Commento alla carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, 2001, 347 ss.; P. Bilancia, *La ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in P. Bilancia-M. D’Amico (a cura di) *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, 2009 101; G. Bronzini, *La carta di Nizza dopo Lisbona: quale ordine “costituzionale” per la protezione multilivello dei diritti fondamentali?*, in E. Falletti-V. Piccone (a cura di), *L’integrazione cit.* 58 ss, ricorda che rientrano nel quadro del diritto comunitario le leggi nazionali non solo quando vi conferiscono attuazione, ma anche se vi derogano, per proteggere una libertà fondamentale (sentenza della Corte di giustizia 18 giugno 1991, in C. 260/89, la cd. linea Ert), stimando nell’80% la quota di diritto nazionale in tal modo sindacabile in base alla Carta. Sul punto, P.M. Huber, *Unitarizzazione attraverso i diritti fondamentali o dell’esigenza di riesaminare la giurisprudenza Ert*, in *Rivista italiana di diritto pubblico*, 2009, 2 ss. Inoltre, M. Cartabia, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, 53, che si interroga sull’applicazione della dottrina dell’*incorporation* anche al caso in cui l’atto legislativo nazionale costituisca “condizioni preliminari per il godimento di un diritto fondamentale comunitario” con riferimento ai noti casi K.B. (7 gennaio 2004, in C. 117/2001) e Richards (26 aprile 2006, in C. 423/2004). Da ultimo, anche M. D’Amico, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e “tono costituzionale”*, in P. Bilancia-M. D’Amico (a cura di), *La nuova Europa cit.*

dell'ordinamento le libertà della persona⁵³. È vero che il gioco delle discriminazioni a rovescio (l'estensione, in forza dell'art. 3 Cost., dei diritti garantiti da un ordinamento settoriale all'ordinamento giuridico *tout court*) fa pur sempre capo alla Corte costituzionale, ma è altrettanto vero che vi sarebbe poco da rallegrarsi, per i fautori del sindacato accentrato, di una competenza in qualche modo coartata a svilupparsi nella sola direzione dell'espansione, secondo le premesse di integrazione sollecitate da disapplicazioni "comunitarie" di leggi, in nome di diritti⁵⁴;

b) in secondo luogo, si tratta di decidere se si possa procedere a disapplicazione con riguardo ai soli "diritti" garantiti dalla Carta, oppure anche ai "principi" che vi sono enunciati. L'art. 52, comma 5, della Carta merita, a tal proposito, di venire trascritto: "*Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorchè essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo della legalità di detti atti*". Ciò sembrerebbe significare che le sole disposizioni che conformano in modo esaustivo una posizione giuridica attiva (i "diritti") vengono impiegate dal giudice ai fini della disapplicazione, mentre, in presenza di enunciazioni di scopo, prive di carattere dettagliato, che si prefissano obiettivi e ne affidano il perseguimento agli organi "politici" (i "principi"), sarà necessario attendere l'interposizione del legislatore, nazionale o comunitario, affinché essi siano deducibili in giudizio⁵⁵. Giustamente tale distinzione, assai controversa, è stata definita recentemente "improbabile"⁵⁶. Qui mi limiterei a rilevare che chi volesse coltivare con forza deontica siffatta dicotomia, rischia fortemente, nel giro di qualche anno, di trovarsi a calzare il saio di penitente, che anche chi scrive ha affibbiato ai cultori della distinzione tra disposizioni costituzionali precettive e programmatiche, nel secondo dopoguerra italiano⁵⁷. A parte il fatto che i diritti sono sempre diritti, quale che sia il grado di analiticità con cui essi sono normativamente descritti e che, pertanto, si sarebbe piuttosto dovuto distinguere tra principi e regole⁵⁸; a parte il fatto che, di solito, dai principi sono ricavabili le regole, per mezzo di un processo interpretativo di carattere anche curiale⁵⁹; a parte il fatto che enunciazioni di tale natura debbono, poi, confrontarsi con la giurisprudenza tutt'altro che remissiva della Corte di giustizia; a parte tutto ciò (e già non pare poco), resta da superare un ulteriore scoglio, se davvero si pensa di restringere in tal modo l'espansione normativa dei diritti fondamentali in ambito comunitario. Dovrebbe essere chiaro che la forza giuridica di un principio non si esercita nella sola fase legislativa di conformazione dei diritti, ma, prima ancora, a fini interpretativi

⁵³ "Una Costituzione, se le parole hanno ancora un senso, governa come legge fondamentale tutto l'ordinamento, e non è pensabile una Costituzione che, nei confronti del medesimo oggetto (in questo caso i diritti fondamentali) ora è applicabile, ora non è applicabile rispetto alla medesima popolazione" (così G.U. Rescigno, *La Carta dei diritti come documento*, in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 7 ss, che ne trae argomento per affermare che "la Carta, se presa sul serio, è in irrimediabile contrasto con la nostra Costituzione".

⁵⁴ F. Sorrentino, *La tutela multilivello dei diritti*, in Riv.it.dir.pubbl.comp. 2005, I, 79 ss

⁵⁵ V. Onida, *Il problema della giurisdizione*, in E. Paciotti (a cura di), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, 2003

⁵⁶ V. Sciarabba, *Tra Fonti e Corti cit.*, 206

⁵⁷ M. Bignami, *Costituzione rigida, Costituzione flessibile e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, 1997.

⁵⁸ R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, trad. it. 1997, 77 ss, al quale si deve la dimostrazione che "a partire da un livello minimo di evoluzione tutti i sistemi giuridici contengono necessariamente dei principi" soggetti ad applicazione da parte degli operatori giuridici

⁵⁹ Come è noto, tale assunto è negato da C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, trad. it. 1981, 32 ss, per il quale "il centro di gravità della decisione politica rimane riservato alla legislazione. Ogni giurisdizione è vincolata a norme e viene meno se le norme stesse diventano nel loro contenuto dubbie e controverse"

dell'ordinamento nel suo insieme, fino alla possibilità estrema di negarvi l'accesso a disposizioni primarie che non abbiano espressamente ad oggetto l'attuazione del principio in questione, ma che, ugualmente, confliggano con esso⁶⁰. Ora, è senz'altro ammissibile replicare, sulla base della lettera stessa dell'art. 52, comma 5, della Carta sopra riprodotto, che, invece, ai nostri fini si debba intendere restrittivamente il novero degli atti che "danno attuazione al diritto dell'Unione" e che essi soltanto siano soggetto al "controllo di legalità" basato su principi. Per quanto attiene al diritto nazionale, il caso di maggior rilievo concerne ovviamente le fonti interne adottate per l'attuazione di direttive comunitarie. Si può anche concedere, anzi, che questa sia la soluzione più convincente dal punto di vista dell'ermeneutica⁶¹. E, tuttavia, non mi sentirei di escludere che prenda progressivamente piede in giurisprudenza l'idea che diano "attuazione" al diritto comunitario, secondo un criterio più sostanziale che formale, *tutte* le leggi nazionali che entrino nell'orbita delle competenze dell'Unione, interferendo con esse⁶². L'esperienza repubblicana dimostra che i principi non si lasciano ingabbiare facilmente: non so fino a quando essi potranno vivere nell'ordinamento comunitario in una dimensione monca della forza limitativa che essi, di regola, esercitano sul complesso unitario delle scelte compiute dai legislatori. Il principio serve a connettere, non a dividere; a semplificare, non a frammentare; a conferire razionalità, non a generare disparità. Vi è in esso un'eccedenza di contenuto deontologico, che al quale la normativa costantemente è tenuta ad aggiornarsi. Esso ha, in altri termini, una necessaria e costante eccedenza di contenuto deontologico, che la legge non è sempre in grado di seguire, ma che ben può specificarsi nelle decisioni giudiziali dei casi concreti⁶³

Questo i giudici lo fanno bene, e potrebbero trarne le dovute conseguenze;

c) in terzo luogo, anche ad ammettere una parziale paralisi dei principi sanciti dalla Carta, bisogna poi valutare il senso precettivo dell'art. 6, comma 3, del Trattato, con cui si includono nel diritto dell'Unione i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri "in quanto principi generali". Ho già detto che, a mio parere, tale disposizione ha autonomia rispetto al precedente comma 2, e che essa opera pertanto fin d'ora, indipendentemente dall'adesione dell'Unione alla CEDU. Anche a seguito di siffatta adesione, inoltre, ritengo che si dovrà continuare a distinguere la forza della CEDU, quale convenzione internazionale sottoscritta dall'Unione e valevole entro tali limiti e con esclusivo riguardo alle disposizioni di essa, e la forza dei diritti assicurati in qualità di principi generali dell'Unione, secondo un apprezzamento sintetico che coniuga in un unico giudizio le disposizioni convenzionali con le tradizioni costituzionali comuni. Ciò anticipato, la domanda cui si deve risposta è se i diritti incorporati in principi dal comma 3 consentano al giudice comune la disapplicazione delle leggi

⁶⁰ Su tutte queste questioni, si rinvia al classico contributo di V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 1952

⁶¹ Tuttavia, si veda M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini-G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, 105, secondo cui i principi sono immediatamente applicabili in giudizio, posto che non vi è una rigida nozione di attuazione del diritto comunitario, che li possa distinguere, sotto tale profilo, dai diritti.

⁶² In questo senso, infatti, paiono fin d'ora orientati G. Pistorio, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone, *La carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, 2009, 610; A. Andronio - P. Gaeta, *La tutela* cit. 52 ss; O. Pollicino-V. Sciarabba, *Tratti "costituzionali" e "sovranazionali" delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in E. Falletti-V. Piccone, *L'integrazione* cit. 166 ss.

⁶³ Si rinvia, sul punto, a E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, 1949

nazionali in contrasto con essi⁶⁴. Anche su questo punto, la posizione negativa trova(va) un sicuro aggancio nella giurisprudenza costituzionale, che, come è risaputo, ha circoscritto il potere di disapplicazione alle norme comunitarie *self-executing*⁶⁵. Al contrario, la soluzione positiva, oltre che poggiare su considerazioni sistematiche analoghe a quelle svolte poc'anzi, sembrerebbe venire incoraggiata dai più recenti orientamenti della Corte di giustizia, ed in particolare dalla nota sentenza *Mangold* del 22 novembre 2005, nella quale mi pare perlomeno non temerario leggere un invito al giudice nazionale, affinché dia pronta applicazione al principio generale di non discriminazione del lavoratore in base all'età, piuttosto che ad una direttiva il cui termine di recepimento non era ancora scaduto⁶⁶.

In questo quadro, si è di recente inserita la sentenza n. 288 del 2010 della Corte costituzionale, con cui, a fronte di una censura di legittimità costituzionale per violazione del *principio di proporzionalità* vigente in ambito comunitario, si è contestato al rimettente di non avere indicato "i motivi che osterebbero alla disapplicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea" direttamente applicabile, postulando, invero senza spendere alcuna motivazione sul punto, che, perlomeno in linea astratta, gli stessi principi comunitari possano assumere una veste tale, da permettere la "non applicazione" di leggi nazionali, all'esito di un apprezzamento logico di incompatibilità che è l'essenza stessa del controllo di costituzionalità. Quand'anche si voglia ipotizzare il carattere episodico di una simile pronuncia, non mi sembrano da sottovalutare altri due elementi a favore della giurisprudenza lussemburghese. Il primo risiede nel fatto per cui il carattere *self-executing* di un atto comunitario è, in definitiva, deciso dalla Corte di giustizia, anche in sede di rinvio pregiudiziale. Il secondo dipende da un'altra recente giurisprudenza costituzionale, che pare attribuire al giudice comune la valutazione in ordine alla diretta applicabilità del diritto comunitario, assorbendola nell'orbita del controllo esterno e debole della Corte sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Mi riferisco alla sent. n. 28 del 2010, ove la Corte, chiamata a decidere se una direttiva comunitaria in materia di rifiuti avesse carattere *self-executing* oppure no, e dunque precludesse o fondasse la rilevanza del dubbio di costituzionalità proposto dal rimettente, non ha condiviso la conclusione, nel secondo senso, prospettato giudice *a quo*, ma si è limitata a ritenere che essa fosse "non implausibile". È presto per dire se con ciò la Corte abbia voluto attribuire tale valutazione alla sola sfera di apprezzamento del giudice comune, ed, anzi, si potrebbe osservare in senso contrario che in fondo con essa il giudice delle leggi ha ampliato in un'ipotesi dubbia la propria giurisdizione, e non la ha ridotta. Ma, nello stesso tempo, altri lettori potrebbero trarre spunti per rafforzare il convincimento, secondo cui la questione della diretta

⁶⁴ Sul valore dei principi generali in ambito comunitario, in riferimento alla Carta, da ultimo, ampiamente, R. Conti, *Il problema* cit. in E. Falletti-V. Piccone, *L'integrazione* cit. 268 ss, secondo il quale "manca, allo stato, la parola definitiva sulla portata dei principi generali (dell'ordinamento dell'Unione) rispetto a controversie regolate dal diritto unionista relative a rapporti interprivati".

⁶⁵ V. Onida, *Armonia* cit. 551, ove si aggiunge che, peraltro, a seguito di sentenza della Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale l'applicazione del principio diviene direttamente applicabile da parte del giudice comune nazionale

⁶⁶ Ampiamente, T. Giovanetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, 2009, 203 ss, che rinviene nella pronuncia *Mangold* in modo convincente "un filone giurisprudenziale che trova le sue radici già nelle sentenze *Simmenthal* e che (...) è passato attraverso l'elaborazione dell'obbligo di interpretazione conforme(...) ed è poi progressivamente maturato" fino a tale decisione. Nell'ottica del potere di disapplicazione del giudice comune, F. Paterniti, *La Corte di giustizia apre al "sindacato diffuso di legittimità comunitaria?"*, in www.forumcostituzionale.it. Da ultimo, la sentenza *Kukukdevic* del 19 gennaio 2010, in C. 555/07 stabilisce in applicazione stavolta dell'art. 21, comma 1, della Carta di Nizza relativo al principio di non discriminazione, l'obbligo del giudice comune di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il divieto di discriminazione dei lavoratori, in base all'età.

applicabilità della norma comunitaria, e dunque della disapplicazione della legge nazionale, è affare del solo giudice comune, sotto la guida della Corte di giustizia;

d) in quarto luogo, bisogna stabilire quale sia il significato dei frequenti rinvii che la Carta opera a favore dei legislatori nazionali⁶⁷. Il nostro giudice costituzionale, chiamato recentemente a pronunciarsi sulla legittimità della disciplina codicistica, nella parte in cui riserva il matrimonio alle coppie eterosessuali, rispetto, tra l'altro, all'art. 9 della Carta (*"il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio"*) non pare avere avuto dubbi circa il fatto per cui *"con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento"* (sentenza n. 138 del 2010). Con ogni verosimiglianza, è questa la prospettiva da cui si è partiti in sede di redazione dell'art. 9 e delle analoghe disposizioni contenute nella Carta, allo scopo di salvaguardare al massimo grado possibile la sovranità nazionale⁶⁸. E tuttavia una simile lettura, per quanto storicamente esatta, finisce subito alle corde, ove si rifletta che, nel rapporto tra diritto dell'Unione e diritto nazionale, essa avrebbe l'effetto di vanificare il primo, a vantaggio del secondo. Se, infatti, una disposizione della Carta poggiasse integralmente sulla "discrezionalità" dei legislatori nazionali, essa sarebbe *tout court* inefficace, proprio nella prospettiva del vincolo che il diritto dell'Unione intende imporre a tali legislatori, ove si attivino in ambito comunitario. E' invece necessaria un'interpretazione che non pregiudichi il senso di un simile vincolo, con il quale lo Stato membro, pur conservando un margine di autonomo apprezzamento, tuttavia è chiamato, al di fuori di esso, a conformarsi al nocciolo duro delle scelte comunitarie. Le difficoltà, su questo piano, si originano dalla fallacia dell'aspirazione a riempire di contenuto "comunitario" i tradizionali istituti fondamentali del diritto costituzionale, in difetto di una lettura teleologicamente orientata sulla base di un percorso storico secolare. Come si può, in particolare, rispondere alla domanda su quale sia il significato della riserva di legge, in relazione ad un ordinamento giuridico che non ha conosciuto la contrapposizione dualistica tra Monarchia e Parlamento? È significativo, in questo senso, che la più sistematica opera dedicata da un autore italiano alla riserva di legge⁶⁹ sia ineccepibilmente rivolta a rintracciare il filo del riparto di competenze tra potere legislativo e potere esecutivo, secondo un percorso che ha, invece, un minor impatto nell'ottica comunitaria.

Infatti, l'ordinamento dell'Unione si lascia alle spalle le complesse vicende storiche che fecero leva sulla contrapposizione di due poli alternativi di legittimazione tramite il diritto, Monarca da un lato e Parlamento dall'altro, per forgiare istituti, come la riserva di legge, che sono lo specchio di tale antagonismo istituzionale⁷⁰. In altri termini, l'istanza partecipativa e garantista connessa alla riserva di legge sui diritti fondamentali non è, né potrebbe essere, in primo piano in seno ad un ordinamento fortemente caratterizzato dall'azione dei Governi, ove *"la Gesetzesvorbehalt"* ha subito un processo di erosione della sua funzione propria che porta a dubitare del suo perdurante collegamento con il principio democratico negli spazi aperti

⁶⁷ Artt. 9, 10, comma 2; 14, comma 3; 16; 27; 28; 30; 34, commi 1, 2 e 3; 35; 36 della Carta

⁶⁸ V. Sciarabba, *Tra Fonti e Corti* cit. 209 ss, che parla di "abdcazioni definitive"

⁶⁹ S. Fois, *La riserva* cit.

⁷⁰ L. Carlassarre, *Legalità (principio di)*, in Enc. Giur. Treccani, 1990

alla normazione comunitaria”⁷¹. Né pare agevole, in presenza di una molteplicità di ordinamenti nazionali oramai divaricati nelle premesse storiche e negli istituti giuridici che ne conseguono, sintetizzare un elemento formale comune, il concetto di “legge”, con il quale riconquistare il primato della legittimazione democratica nella conformazione dei diritti, per mezzo di una “attribuzione di competenza” che si distingue dalla “normazione contenutistica”⁷².

Resta, tuttavia, la prospettiva, monista o duale che si voglia, dell’integrazione ordinamentale in vista del conseguimento degli obiettivi comunitari: una volta assunti i diritti fondamentali a perno “originario” dell’Unione, sarà *obbligo* degli Stati membri conferire loro la più ampia attuazione, nell’esercizio non tanto della propria sovranità limitata, quanto del vincolo comunitario.

Parrebbe, perciò, ragionevole supporre che la riserva di legge “nazionale” contenuta nella Carta abbia, sia pure per ragioni non coincidenti, una funzione analoga alla riserva di legge “ordinaria” recepita in Costituzione⁷³, perlomeno su di un punto chiave: essa non solo consente, ma *obbliga* il legislatore ad intervenire per assicurare l’esercizio del diritto⁷⁴, conformandolo con discrezionalità entro il solo limite, non comprimibile, e dunque per nulla discrezionale, imposto dal “contenuto essenziale” del diritto stesso⁷⁵. Conclusione, quest’ultima, supportata non solo dalla logica del sistema, ma forse dallo stesso art. 52, comma 1, della Carta, per quanto di controversa lettura⁷⁶ (“*eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà*”).

Ecco, allora, che si delinea, nel rapporto dialettico tra diritto dell’Unione ed ordinamenti nazionali, la base teorica su cui poggiare, in tema di diritti fondamentali, “un onere costituzionale di intervento” non necessariamente “parlamentare”⁷⁷, ma piuttosto statale, preordinato a garantirne il contenuto essenziale. Quanto a quest’ultimo, poi, non si è privi di una base prescrittiva con cui il “legislatore nazionale” dovrà confrontarsi, poiché essa può articolarsi a partire dalla sintesi delle tradizioni costituzionali comuni, governata dalla Corte di giustizia.

⁷¹ G. Scaccia, *Appunti sulla riserva di legge nell’esperienza costituzionale tedesca*, in Dir. Pubbl. 2001, I, 220; inoltre, R. Balduzzi-F. Sorrentino, voce *Riserva di legge*, in Enc. Dir. 1989, 1223

⁷² C. Schmitt, *Il custode cit.*, 64 ss, e nota 58

⁷³ G.G. Florida, *Nell’intenzion dell’artista e agli occhi degli abitanti (osservazioni sulla “dichiarazione dei diritti” di Nizza)*, in Dir. Pubbl. Comp. Eur. 2001, I, 163

⁷⁴ S. Fois, *La riserva di legge cit.*, 235 e 289 ss, per il quale “dal solo fatto della rigidità sembra impossibile dedurre un limite (indicato dalla riserva) di natura così particolare quale è quello che incide sul potere del legislatore, in modo tale da vincolarlo solo riguardo al modo di intervento, e non invece riguardo al *se*, *quando*, al *che cosa*”

⁷⁵ Sulla molteplicità di significati che lo stesso limite del contenuto essenziale (trasposto dall’art. 19, secondo comma, del Grundgesetz) può assumere, in una versione assolutista o relativista, G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, 2000, 372 ss

⁷⁶ In particolare, si discute se la riserva di legge ivi contenuta abbia riguardo alla legge nazionale, ovvero alle fonti comunitarie. In senso dubitativo, A. Barbera, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in Dir. Un. Eur. 2001, 246; nel senso che l’art. 52 abbia ad oggetto la sola fonte comunitaria, V. Angiolini, *Carta dei diritti cit.* 930; nel senso che l’art. 52 consenta limitazione sulla base di “norme infralegislative, e, nei paesi di *common law*, anche consuetudinarie e giurisprudenziali, entro i limiti posti dalla Corte europea, T. Groppi, in M. Cartabia, in R. Bifulco, A. Cartabia, A. Celotto (a cura di) *L’Europa dei diritti cit.* 2001, 354. In senso contrario, J. Ziller, *Il Trattato cit.*, che parla di riserva di legge formale. A mio parere, è ragionevole ritenere che l’art. 52, pur diretto alle istituzioni comunitarie, tuttavia rechi un vincolo cui gli Stati membri stessi sono soggetti, ove agiscono nell’esercizio di competenze di pertinenza comunitaria. In tal caso, limitazione ai diritti dovrebbero ritenersi consentite solo sulla base della legge, ai sensi dell’art. 52, sia che provengano da fonti comunitarie, sia che vengano apposte nell’ordinamento nazionale. Infatti, “ogni volta che le autorità degli Stati membri applicano il diritto dell’Unione, esse sono tenute a rispettare i diritti fondamentali” ivi tutelati: J. Ziller, *Il Trattato cit.*, 54.

⁷⁷ G. Scaccia, *Appunti cit.*, 252, con ampie citazioni della dottrina tedesca sul punto,

Se i giudici ragionassero in questi termini, la legislazione nazionale non potrebbe scampare ad un controllo diffuso di legittimità, con riguardo alla violazione del contenuto essenziale di tutti i diritti proclamati dalla Carta, e, con il tempo, le omissioni stesse del legislatore diverrebbero sindacabili. Il solo limite rinvenibile all'intervento giudiziario sarebbe, vale a dire, di carattere processuale, poiché non sempre il vuoto di tutela può essere colmato in via ricostruttiva nell'esercizio della funzione giurisdizionale. In questi casi, l'intervento della Corte potrebbe essere sollecitato, proprio per completare il processo di adeguamento dell'ordinamento nazionale all'ordinamento comunitario, ove cioè la mera disapplicazione non fosse all'uopo sufficiente. Ma, nella maggior parte delle ipotesi, la via della disapplicazione potrebbe bastare: proprio per rimanere su di un esempio eclatante, qualora si ritenesse che il contenuto essenziale dell'art. 9 della Carta escluda una discriminazione basata sul sesso nell'accesso all'istituto matrimoniale, sarebbe agevole applicare in sede giudiziaria la normativa codicistica nazionale alle coppie omosessuali, posto che essa è perfettamente completa e non necessita di correttivi (a condizione, ovviamente, di potervi trovare un collegamento materiale con il diritto dell'Unione).

7. Due modelli possibili di integrazione: il giudice comune tra sindacato accentrato e sindacato diffuso. A questo punto, tornando alla scelta di cui si diceva innanzi tra sindacato accentrato e sindacato diffuso, si può comprendere come essa dipenda, in larga misura, dalla posizione che si intende assumere a proposito dei punti controversi cui si è appena accennato. Proverò ad elaborare per cenni due sistemi alternativi, il cui unico e ben discutibile pregio possa essere la coerenza intrinseca, rispetto al favore con cui si guardi a ciascuna delle due Corti.

Nel primo di essi, deciso a salvaguardare per quanto possibile il sindacato accentrato del giudice costituzionale, sarà opportuno arroccarsi sulla distinzione tra diritti e principi, evidenziando che essa trova fondamento normativo nell'art. 6, comma 1, del Trattato di Lisbona e nell'art. 52, comma 5, della Carta di Nizza. I "diritti" di cui si dovrà assicurare protezione giurisdizionale, anche tramite disapplicazione delle leggi nazionali, assumeranno la struttura di enunciati capaci di offrirsi al giudice come regola di giudizio, ovvero di definire una controversia non già aprendo un vuoto, che tocchi poi riempire per mezzo di ragionamenti analogici o deduttivi, ma direttamente ed immediatamente, attraverso la somministrazione di un precetto conformativo in sé già compiuto. Si aggiungerà che, non diversamente, i diritti garantiti dal comma 3 dell'art. 6 saranno, in quanto valevoli come principi generali, privi di diretta applicabilità, con l'effetto che l'eventuale contrasto tra essi e la legge nazionale diverrà oggetto di un dubbio di costituzionalità. Quanto, poi, ai principi desumibili dalla Carta, essi non godranno neppure di quest'ultima *chance* di affermazione, fino a quando non sopraggiunga una sorta di "legge cornice" comunitaria o nazionale, a seconda della competenza in gioco, che conferisca loro espressa "attuazione". Naturalmente, si terrà per fermo che tutto ciò valga entro i limiti, soggetti ad interpretazione restrittiva, delle competenze materiali dell'Unione, e si opporrà resistenza alla dilatazione, cui essi sono soggetti. In particolare, con riferimento alla Carta di Nizza, si potrà enfatizzare il frequente rinvio che essa opera alle leggi nazionali che disciplinano l'esercizio di una libertà, per affermarne un alto grado di disponibilità da parte del legislatore nazionale. Infine, si proverà a dimostrare che l'esercizio

del potere di disapplicazione da parte del giudice comune, ove non assistito da tali condizioni, legittimi la Corte, perlomeno in teoria, a proporre conflitto di attribuzione nei riguardi di quest'ultimo, conflitto fondato su un apprezzamento concernente il carattere non *self-executing* del diritto dell'Unione, che la Corte rivendicherà a sé.

Nel secondo dei sistemi astratti cui si accennava, inteso a promuovere l'integrazione comunitaria per mezzo del sindacato diffuso del giudice comune, o meglio del connubio tra quest'ultimo ed il controllo accentrato della Corte di giustizia, le conclusioni debbono essere naturalmente opposte.

Verrà svalutato, sul piano anzitutto ontologico, il fondamento della separazione normativa tra diritti e principi, e si dirà che essa, non avendo un adeguato substrato concettuale, non potrà produrre effetti prescrittivi. In forza dell'art. 6 del Trattato, ponendo in ombra la lettera dell'art. 52 della Carta, si cercherà di espanderne la capacità regolatrice, deducendo dal principio astratto regole concrete direttamente applicabili, oppure limitandosi a superare, per mezzo della disapplicazione, normative nazionali che, senza conferire attuazione al diritto comunitario in senso difforme dal principio, tuttavia si ritengano in contrasto con esso. Ovviamente, la giurisprudenza lussemburghese accompagnerà il giudice nazionale in questo percorso, esortandolo ad un'efficace ricorso all'art. 6 comma 3, per garantire l'osservanza dei diritti fondamentali ricavati dall'interazione tra CEDU e tradizioni costituzionali comuni, e nel contempo ampliando l'area di competenza dell'Unione. Quanto, poi, alle frequenti "riserve di legge nazionale" recepite dalla Carta, la dottrina del nucleo irriducibile di ciascuna libertà fondamentale offrirà argomenti per ridimensionare anche tale ostacolo. Si dirà, infine, che la valutazione circa la natura direttamente applicabile del diritto comunitario spetta al giudice comune, sotto il controllo lussemburghese, e che la Corte costituzionale non debba avere in ciò voce in capitolo.

I due sistemi possono porsi in alternativa reciproca, anche con riguardo ad un ultimo problema. Una volta che l'Unione abbia aderito alla CEDU, si potrebbe pensare che quest'ultima divenga diritto comunitario, e dunque parametro ai fini della disapplicazione di leggi nazionali, nelle materie di competenza dell'Unione stessa. Questa asserzione, però, è tutt'altro che pacifica⁷⁸. Altro è, infatti, il diritto originario dei Trattati ed il diritto derivato prodotto dalle istituzioni comunitarie, altro il diritto internazionale pattizio, cui tali istituzioni abbiano deciso di vincolarsi. Al primo, e non al secondo, la Corte costituzionale ha riconosciuto la forza, se direttamente applicabile, di rendere per conseguenza "non applicabile" la legge italiana. E si potrebbe aggiungere che, come una convenzione internazionale cui il nostro Paese si sia legato non diviene essa stessa diritto nazionale (lo è, invece, la legge di esecuzione, che occupa la posizione assegnatagli dalla Costituzione nel sistema delle fonti), così l'adesione alla CEDU, nell'ordinamento comunitario, può determinare senz'altro un vincolo per le istituzioni dell'Unione e degli Stati membri, rilevante ai fini del diritto internazionale pattizio, senza con ciò acquisire la medesima forza giuridica del diritto comunitario

⁷⁸ Pare prevalere, anzi, l'idea che la CEDU continuerà a fungere da norma interposta nell'incidente di legittimità costituzionale: in questo senso, A. Celotto, *Il Trattato* cit.; in senso dubitativo, V. Piccone, *L'interpretazione giurisdizionale fra diritto interno e diritto euro unitario*, in E. Falletti-V. Piccone (a cura di), *L'integrazione* cit. 123. Resta da chiarire, tuttavia, per quale ragione di diritto costituzionale dell'Unione la CEDU non godrebbe della *primauté*, per quanto accordo internazionale che vincola gli Stati membri ai sensi dell'art. 216, comma 2, del Trattato di Lisbona.

propriamente detto⁷⁹ Ragionando in questi termini, non vi è dubbio che la Convenzione pretenda di essere osservata dai giudici nazionali, che siedano in veste di giudici comunitari, ma la via perché ciò accada non sarebbe costituita dalla “non applicazione” del diritto nazionale, quanto, invece, dalla proposizione dell’incidente di legittimità costituzionale, con ciò lasciando integra la costruzione teorica accolta dalle sentenze gemelle. In via ermeneutica, queste osservazioni potrebbero trarre spunto dall’art. 218, comma 8, del Trattato di Lisbona, ove si prevede che la decisione sulla conclusione dell’accordo di adesione “*entra in vigore previa approvazione degli Stati membri, conformemente alle rispettive norme costituzionali*” (in Italia, di conseguenza, sarà necessario procedere per legge): in altri termini, e in modo del tutto dissimile dall’efficacia diretta attribuita in via generale al diritto dell’Unione *self-executing* e agli stessi accordi internazionali, nel caso particolare della CEDU l’efficacia è subordinata ad uno strumento di adeguamento proprio del diritto nazionale, quand’anche le libertà tutelate dalla Convenzione appaiano direttamente applicabili. Ve ne è, forse, per argomentare di conseguenza che, una volta scelta questa via, essa vada percorsa fino all’estrema conseguenza di negare alla CEDU la *primauté* che la renderebbe causa di non applicazione della legge nazionale con essa in contrasto⁸⁰.

Se tale suggerimento, che mi limito a prospettare in modo dubitativo, fosse accolto, si aprirebbe una comoda via per difendere il sindacato accentrato: ridimensionata l’efficacia dei principi della Carta, valorizzandone la distinzione rispetto ai diritti; enfatizzato il frequente rinvio da essa operato alla legge nazionale, anche con riguardo ai diritti; negata infine la diretta applicabilità dei principi generali del diritto dell’Unione in materia di tutela delle libertà fondamentali, verrebbe a cadere infine l’insidia più perigliosa, manifestatasi a seguito dell’impatto della CEDU (e della sua Corte) sul diritto comunitario. Chi si voglia impegnare per il sindacato diffuso, sosterrà ovviamente contrarie posizioni.

In conclusione, esula dalle mie forze dire quale sistema appaia più proficuo. È verosimile, anzi, che si procederà a lungo per compromessi, ciò che potrà essere opportuno, e forse necessario, ma che non aiuterà a fare chiarezza. È importante, però, che si tenga presente la posta in gioco: tutelare i diritti fondamentali nella forma più efficace, stabilendo quale essa sia, nell’alternativa tra sindacato accentrato nazionale e sindacato diffuso comunitario. Per tale ragione, nell’ultimo paragrafo del presente lavoro mi limito a suggerire alcune ragioni di sistema, che allo stato possono indurre a cautela nello smantellamento progressivo del nostro controllo di costituzionalità, senza tuttavia celare che i tempi corrono sempre più rapidamente, fino a consigliare altrettanto caute aperture a favore della giurisprudenza comunitaria.

⁷⁹ Va osservato, a tale proposito, che gli accordi entrano nel diritto comunitario “in modo automatico, indipendentemente dalla natura dell’atto interno di conclusione, senza bisogno di alcun atto di esecuzione”: così G. Strozzi, *Diritto dell’Unione europea*, 2001, I, 210

⁸⁰ Ipotizza che “la nostra Corte costituzionale potrebbe anche continuare a sostenere la diversità di rango fra le norme dell’Unione e quelle della CEDU” pur dopo l’adesione da parte dell’Unione alla Convenzione A. Bultrini, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell’uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umano in Europa*, in *Il diritto dell’Unione europea* 2009, 715. In effetti, la sentenza n. 349 del 2007 della Corte costituzionale (come osservato da M. Cartabia, *Le sentenze “gemelle”* cit. 3573) ha già affermato che “anche a prescindere dalla circostanza che al momento l’Unione europea non è parte della CEDU (...) il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri (...) è un rapporto variabile ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale”.

8. *Secondi suggerimenti operativi: il diritto fondamentale tra Costituzione, diritto comunitario e CEDU. La clausola di protezione più estesa ed i suoi limiti.* Abbiamo a disposizione, oramai, sufficienti elementi per articolare secondo un processo logico le operazioni che il giudice comune è chiamato a svolgere, ai fini della protezione di un diritto fondamentale garantito dall'ordinamento comunitario. Si tratta di un compito che *precede*, e non segue, la verifica di compatibilità relativa al diritto costituzionale e convenzionale, alla quale si è dedicata per prima la nostra attenzione, per ragioni di ordine sistematico. Infatti, ove la questione dedotta in causa appartenga al campo applicativo del diritto dell'Unione, è quest'ultimo che fornisce i parametri di giudizio, salva l'ipotesi residuale del contro limite. Naturalmente, bisogna tornare ad avvertire che, per quanto coerente dal punto di vista assiomatico, tale modo di procedere implica un immiserimento del carattere ben più complesso del ragionamento giuridico, ove la percezione congiunta di disposizioni, norme, regole, principi incanala la decisione dell'organo giurisdizionale verso la fusione, piuttosto che la disarticolazione, delle proposizioni di diritto enunciabili dagli ordinamenti⁸¹. Si chiede, in altri termini, al nostro giudicante di domandarsi quale sia il significato di un diritto nell'ambito comunitario, e solo successivamente di interrogarsi se quel medesimo diritto (o, meglio, l'ambito di libertà che viene definito dagli ordinamenti in termini nominalmente analoghi) abbia quel medesimo significato nella Costituzione italiana, nella CEDU, nelle altre convenzioni internazionali, cui l'Italia abbia aderito. È più probabile, oltre che preferibile sul piano della certezza e dell'efficacia della protezione, che il giudice si impegni in un unico sforzo valutativo di sintesi. A tal fine, si torna a suggerire che la via migliore sia segnata dall'ampliamento dei poteri interpretativi del giudice nazionale, e dal correlativo contenimento del primato di esegesi delle Corti europee, per mezzo della trasposizione, sul piano comunitario ed internazionale, del medesimo principio valevole nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost. Fino a quando, infatti, i diritti saranno oggetto di contesa tra le Corti, apparirebbe proficuo che il punto di contatto e di bilanciamento tra giurisprudenze divergenti sia raggiunto, caso per caso, proprio innanzi al giudice nazionale, senza che questi debba temere la riprovazione di Corti "superiori".

Ciò detto, non è possibile sfuggire al compito di identificare, nuovamente, linee di giudizio schematiche, con cui completare il quadro suggerito in precedenza. È ovvio che, a tale scopo, si dovranno ritenere richiamate tutte le osservazioni già svolte, con riguardo alla gerarchia delle fonti comunitarie, al significato della clausola

⁸¹ P. Perlingeri, *Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. Dir. civ.* 2005, 212. Di recente, C. Pagotto, *La disapplicazione della legge*, 2008, 313 ss ed in particolare nota 18, ha sostenuto che, una volta recepito il diritto comunitario da parte dello Stato membro, "si deve adottare l'esperienza, la logica, il lessico, la filosofia del sistema che si è, in ipotesi, liberamente deciso di introdurre". Ora, a parere di chi scrive, è certamente vero che da un punto di vista formale le nozioni e gli istituti del diritto comunitario nascono e si definiscono compiutamente ed unitariamente entro tale culla progenitrice, ma, nel contempo, si deve aggiungere che sarebbero oramai maturi i tempi perche' gli stessi operatori giuridici nazionali, ed in primo luogo gli organi giudicanti, contribuissero più attivamente, proprio in quella veste di giudice comunitario che si cerca di riconoscere loro solo su di un piano di passiva ricezione, al processo giurisprudenziale e casistico di elaborazione dei principi e delle regole dell'Unione. D'altro canto, vi è anche da credere che un approccio giusrealista non avrebbe difficoltà a dimostrare che, come si ricerca nella polisemia degli ordinamenti un significato quanto più possibile armonico, così, ed anzi a maggior ragione, gli stessi criteri ermeneutici di ciascun "sistema", per usare la terminologia di Pagotto, finiscono per fondersi innanzi al giudice in un catalogo ibridato, buono e per valutare le questioni comunitarie, e per operare in ambito nazionale. Se così non fosse, infatti, i nostri magistrati perderebbero quell'investitura sacrale, che viene loro dall'esercizio di una unitaria tecnica di interpretazione, assunta a criterio formale di legittimazione del ragionamento giuridico.

della protezione più estesa tra Carta e CEDU, ai poteri di disapplicazione del giudice nazionale: la semplificazione concettuale, in altre parole, non può nascondere la varietà, all'interno di essa, delle opzioni interpretative che si dovranno compiere, da parte del giudice comune e delle Corti, anche nella prospettiva già indicata di preservare, ovvero di indebolire, il sindacato accentrato di costituzionalità.

I passaggi sembrano dunque i seguenti (riprendo e proseguo la numerazione del paragrafo 4):

g) si accerta che la controversia appartenga all'ambito materiale del diritto comunitario. Qui può essere interessante domandarsi se la verifica sia compiuta dal giudice nazionale in tale veste, ovvero già assumendo la qualità di *giudice comunitario*, che la Corte di giustizia gli conferisce, per rimarcare la funzione di strumento attuativo del diritto dell'Unione⁸². In questo secondo caso, il giudice comune sarà obbligato ad assecondare le espansive linee sulle competenze che provengano dalla Corte del Lussemburgo, mentre nel primo vi si potrà forse sottrarre. Dal punto di vista logico, infatti, le stesse sentenze della Corte di giustizia sono veicolate nell'ordinamento nazionale quali fonte del diritto in base all'art. 11 Cost., ovvero per i casi che siano *già* stati riconosciuti di competenza comunitaria, secondo un apprezzamento dei Trattati e dei loro limiti proprio dell'ordinamento nazionale. Nella pratica, non è invece facile limitare le verosimili pretese dei giudici lussemburghesi ad affermare il proprio monopolio sulla determinazione dei confini materiali del diritto comunitario;

h) si selezionano i parametri del giudizio, con particolare riferimento alla Carta, alla CEDU, ai principi generali indicati dal comma 3 dell'art. 6 del Trattato;

i) si stabilisce se tali parametri siano o non siano direttamente applicabili. A tale scopo, nel caso di dubbio, è facoltativo per il giudice di merito il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia;

l) nella prima ipotesi precedente, si profila l'immediata disapplicazione (non applicazione) della legge nazionale. Prima di ciò, allo scopo di determinare il significato del parametro comunitario, il giudice dovrà assoggettare tale legge all'interpretazione conforme, ovvero verificare se possano enuclearsi dalla disposizione italiana una o più norme compatibili con il diritto dell'Unione. Tale *test* andrà eseguito anche con riferimento al parametro non direttamente applicabile, con la sola avvertenza per cui l'esito negativo conduce, in tal caso, all'incidente di legittimità costituzionale;

m) è necessario rammentare che il compimento di tutte queste attività (salvi i dubbi che ho già espresso sulla prima di esse) è svolto dal magistrato nella veste di giudice comunitario. Ciò significa che, in linea di principio, quest'ultimo è tenuto ad attribuire alle proposizioni giuridiche il significato che esse hanno nell'ordinamento comunitario, secondo l'interpretazione recepita dalla Corte di giustizia. In questo caso, ove si trovi a maneggiare la CEDU (suppongo l'ipotesi più complessa, ovvero che sia intervenuta l'adesione ad

⁸² Si tratta, ovviamente, del problema della *Kompetenz-Kompetenz*, su cui, diffusamente, J. H. H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, 2003 410 ss.; è rimarchevole che V. Onida, *Armonia* cit., lo abbia ritenuto logicamente "insolubile". È nota, sulla tematica del controllo *cd. ultra vires* la recente pronuncia del Tribunale costituzionale federale del 6 luglio 2010 (2BvR 2661/06), con cui il giudice tedesco ha limitato il proprio potere di intervento ad ipotesi di grave e palese eccesso di potere da parte dell'Unione, proprio con riferimento ad una vicenda processuale che aveva indotto R. Herzog e L. Gerken a domandare di "fermare" la Corte di giustizia (*Stop the European Court of justice*, in www.EUobserver.com) "for depriving member States of their own fundamental competences and interfering heavily in their legal system".

essa, consentita all'Unione dal Trattato di Lisbona), mi parrebbe ancora una volta da escludere che il giudice nazionale sia incondizionatamente vincolato all'interpretazione promanante da Strasburgo, ed anzi, al fine di evitare ulteriori aporie, già questo è un buon argomento per ribadire come tale vincolo, in sé, non sussista neppure nell'ordinamento nazionale. Allo stesso tempo, agli occhi della Corte di Strasburgo, la sottigliezza di questa distinzione potrebbe non rivelarsi sufficiente, giacché in quella sede avrà rilievo esclusivamente l'osservanza della CEDU, da parte degli Stati che abbiano sottoscritto la Convenzione. Naturalmente, ed auspicabilmente, nella maggior parte dei casi l'interpretazione della disposizione convenzionale da parte delle due Corti europee verrà a coincidere: infatti, da un lato il giudice del Lussemburgo da tempo tiene in considerazione la giurisprudenza del collega di Strasburgo; dall'altro lato, quest'ultimo ha formulato la dottrina della protezione equivalente (sentenza *Bosphorus e altri c. Irlanda*, Gran Camera, ric. 45036/98), in segno di *self-restraint* nei confronti del primo. Inoltre, un impulso normativo tutt'altro che lieve viene oggi dal già ricordato art. 52, comma 3, della Carta di Nizza, il quale, secondo quanto indicato nelle "Spiegazioni", prescrive l'identità di contenuto dei diritti "corrispondenti" di Carta e CEDU, secondo l'interpretazione congiunta delle due Corti.

Ciò non toglie che resti sempre possibile un conflitto interpretativo, non solo sul significato dei "diritti corrispondenti" e delle limitazioni che vi siano apponibili dal legislatore comunitario e nazionale, ma anche sui criteri di bilanciamento di libertà, che siano diversamente recepite dai due ordinamenti. Laddove, infatti, la Carta permetta di bilanciare diritti, alcuni dei quali soltanto siano tutelati dalla CEDU, quest'ultima, in linea di principio, non potrà accettare una limitazione di libertà, disposta in nome di esigenze prive di rilievo nel sistema convenzionale, e viceversa.

A tale riguardo torno a distinguere tre ipotesi, corrispondenti a quelle indicate *supra* a proposito del rapporto tra Carta di Nizza e CEDU, ed approfondite ora con riguardo al profilo dinamico dell'applicazione curiale dei diritti. Si presuppone, cioè, che per diritto comunitario e CEDU si debba qui intendere, rispettivamente, giurisprudenza della Corte di giustizia e giurisprudenza della Corte EDU.:

- a) qualora il diritto comunitario, inclusivo della Carta, *permetta* limitazioni ad un diritto che siano invece vietate dalla giurisprudenza di Strasburgo, quest'ultima dovrebbe prevalere non solo in qualità di diritto (recepito dall'ordinamento) dell'Unione, ma anche in qualità di diritto internazionale pattizio idoneo a privare sia il legislatore comunitario, sia il legislatore nazionale, di discrezionalità sulla questione controversa;
- b) qualora il diritto comunitario originario, anche in base alla Carta, *imponga* una limitazione ad un diritto *per ragioni diverse dal bilanciamento con diritti contrapposti di pari dignità*, ed invece la CEDU vieti tale limitazione (in quanto non ritenute necessarie al buon funzionamento di una società democratica), l'antinomia dovrebbe risolversi a vantaggio della Convenzione, stavolta solo in forza della vigenza, in materia, della clausola della protezione più estesa, che, in quanto contenuta essa stessa nella Carta, ha il valore dei Trattati. Si tratta di un'ipotesi limite, che richiede il concorso di talune incerte premesse. Anzitutto, vi è da chiedersi se essa valga per i soli "diritti corrispondenti" indicati dall'art. 52, comma 3, della Carta. In questo senso, parrebbero militare sia la lettera della disposizione, sia il contributo esegetico che viene dalle Spiegazioni. La Carta vorrebbe, qui, ribadire che il significato di un "diritto corrispondente" attribuito dalla

CEDU non può mai essere deteriore, ma semmai si può (solo) implementare nell'ordinamento comunitario. In questo caso, pertanto, il limite che si fosse ricavato nel diritto dell'Unione all'esercizio del diritto verrebbe rimosso in base alla forza espansiva della Convenzione, la cui "portata" non può venire ridimensionata per mezzo di restrizioni ignote alla CEDU. Più discutibile è, invece, il caso estremo, e allo stato non immaginabile⁸³, in cui la Convenzione tuteli un diritto privo di corrispondenza nella Carta, ove esso sia stato compreso dal diritto comunitario originario, per il raggiungimento di un assetto di interessi comunitariamente imposto. Va da se' che una simile restrizione non può trovare origine nella Carta, poiché, anche ammesso in linea puramente astratta che ciò fosse concepibile, resterebbe che le disposizioni di tale documento non possono mai essere interpretate come limitative delle libertà riconosciute, tra l'altro, dal diritto internazionale e dalla CEDU (art. 53). Qualora, invece, si dovesse riconoscere che il limite al diritto CEDU "non corrispondente" promani dal bilanciamento con interessi superiori radicati nel diritto originario dell'Unione, il solo modo per concludere nel senso della prevalenza dei diritti fondamentali passerebbe attraverso la non impossibile dimostrazione che gli artt. 52, comma 3, e 53 della Carta, unitariamente letti, intendono affermare la priorità assiologica delle libertà nella costruzione dell'ordinamento comunitario, ovvero che, secondo il primo principio di giustizia di Rawls, "le libertà fondamentali hanno un loro ambito di applicazione entro il quale possono essere limitate o compromesse soltanto quando confliggono con altre libertà fondamentali"⁸⁴. Naturalmente, anche in tale prospettiva, sarà necessario procedere con restrittività nel valutare se l'interesse pubblico contrapposto al diritto appartenga a propria volta, oppure no, alla sfera delle libertà. Per limitarsi ad un esempio, se si vieta una riunione per ragioni di ordine pubblico, non sarà sufficiente sostenere in astratto che si è inteso tutelare il diritto all'integrità fisica di chiunque potesse venire offeso dai manifestanti, ma si dovrà dimostrare quale specifico danno, in concreto, potesse derivare a specifici soggetti. In caso contrario, l'interesse dedotto per limitare la libertà dovrebbe soccombere, di fronte al contrario bilanciamento che sia stato ritenuto legittimo da Strasburgo. Né sarebbe possibile, per citare un altro esempio tratto dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, che "legittimi interessi" incapaci di coagularsi in diritto fondamentale restringano le libertà⁸⁵.

Va, infine, aggiunto che le precedenti osservazioni sono altresì condizionate dall'accettazione della giurisprudenza di Strasburgo da parte della Corte di giustizia: in caso contrario, sarebbe sempre possibile negare, nel caso concreto, che la CEDU comporti davvero una frizione rispetto al bilanciamento comunitario tra diritti ed interessi. Su questo piano, allo stato, a mio parere non paiono esservi ragioni di diritto positivo univocamente indirizzate verso una simile accettazione⁸⁶, ma, allo stesso tempo, essa parrebbe in questo caso davvero la soluzione più armonica, rispetto alla scelta della Carta di sviluppare l'area delle libertà

⁸³ È tuttavia sempre possibile, per quanto improbabile, che protocolli aggiuntivi alla CEDU (secondo le Spiegazioni, ad essi si estende l'art. 52, comma 3) determinino un'evoluzione nel senso indicato dal testo.

⁸⁴ J. Rawls, *Una teoria della giustizia* 1971, trad. it. 2008, 77.

⁸⁵ R. Palladino, *L'autonomia del dialogo sociale europeo nel trattato di Lisbona*, *Studi sull'integrazione europea*, 2010, 1, 164, con riferimento al rapporto tra diritti collettivi dei lavoratori e libertà di circolazione nella sentenza Viking

⁸⁶ Salvo che la Corte di giustizia faccia propria la posizione della nostra Corte costituzionale, in ordine al carattere vincolante della giurisprudenza di Strasburgo, cui l'art. 32 CEDU affiderebbe tale monopolio interpretativo. Sul punto, peraltro, va rammentato che il Protocollo n. 8 relativo all'art. 6, comma 2, del Trattato prevede che l'accordo di adesione preservi "le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione": sul punto, V. Piccone, *L'interpretazione cit.*, 115 ss

secondo la protezione più estesa. La sola circostanza per cui una Corte europea, posta al vertice del sistema convenzionale, ne abbia tracciato il perimetro fino a bandirne interessi confliggenti estranei alla sfera dei diritti fondamentali, dovrebbe indurre a convenire perlomeno sull'opportunità di aderire ad una "politica giudiziale che favorisca la maggiore protezione possibile dell'individuo"⁸⁷

c) infine, se la Carta *imponesse* la limitazione di un diritto, *per effetto di un bilanciamento con diritti di pari forza*, e la Corte di Strasburgo fosse di contrario avviso, continuo a ritenere che la clausola della protezione più estesa, sia in quanto recepita dalla Carta, sia in quanto elevata dalla nostra Corte costituzionale a criterio risolutivo dei conflitti, non sarebbe di alcuna utilità, giacchè, per definizione, in questo caso non si saprebbe quale diritto allargare, in danno dell'altro⁸⁸.

Ci si troverebbe, in altri termini, in una condizione di ottimo paretiano determinata dall'ordinamento comunitario, nella quale qualsivoglia incremento di una libertà determinerebbe una decrescita dell'altra libertà, e dunque un'alterazione dell'equilibrio raggiunto, quando, al contrario, nell'ordinamento della CEDU detto equilibrio non è stato conseguito.

Per tale ragione, il primato del diritto comunitario originario, in questo caso, dovrebbe condurre il giudice nazionale a sconfessare la linea interpretativa della Corte europea dei diritti, dopo avere opportunamente sollecitato la pronuncia in via pregiudiziale della Corte di giustizia. A questo punto, purtroppo, il sistema si inceppa inevitabilmente: o le Corti europee trovano una composizione amichevole, o il giudice nazionale dovrà esporre l'Italia a responsabilità nel sistema convenzionale.

A ciò si aggiunga l'ultimo elemento di entropia: con l'adesione alla CEDU, le stesse sentenze della Corte del Lussemburgo finiranno per venire valutate dalla Corte di Strasburgo, se rilevanti nel processo che ha guidato l'Unione e gli Stati membri ad infrangere la Convenzione: esse saranno insieme, vale a dire, guida interpretativa cogente per gli Stati membri, e ragione della condanna cui questi stessi Stati, assieme all'Unione, prestano il fianco, innanzi alla Corte europea⁸⁹. Non ho doti profetiche: mi limito a domandarmi se, in questi casi, l'astuzia della storia non possa convincere la Corte di giustizia ad attestarsi, verso la Corte di Strasburgo, sulla medesima linea di compromesso, alla quale ha ceduto a suo tempo la Corte costituzionale a vantaggio della prima (consento deroghe persino al mio diritto superprimario, ma mi riservo di ritrarmi, in caso di violazione dei principi supremi del mio ordinamento); oppure, se su questo terreno possa segnare un punto a suo favore la giurisdizione costituzionale (ove il diritto comunitario violi la CEDU, ciò integra un contro limite, che esonera l'Italia dall'osservanza, su questo punto, dei Trattati); o, ancora, se non possa toccare alla Corte di Strasburgo di auto emarginarsi, per mezzo della dottrina della protezione

⁸⁷ R. Alonso Garcia, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Riv. It. Dir. Pubbl. comp. 2002, 28.

⁸⁸ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*. Parte generale, 1992, 10 ss; A. Ferraro, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in Riv. It. Dir. Pubbl., 2005, 503 ss; A. Ruggeri, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "contro limiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in www.forumcostituzionale.it; V. Sciarabba, *Tra fonti e Corti cit.*, 169 ss

⁸⁹ Da ultimo, S. Catalano, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. Bilancia-M. D'Amico (a cura di) *La nuova Europa cit.*, 239, secondo il quale "la Corte di giustizia non potrà discostarsi dagli orientamenti espressi dai Giudici di Strasburgo". Naturalmente, si ragiona in attesa che, con l'adesione dell'Unione alla CEDU, vengano eventualmente determinate particolari condizioni, anche ai fini del coordinamento dell'azione delle due Corti.

equivalente⁹⁰ (accetto di rinunciare al mio giudizio, quando si sia accertata la legittimità di un atto in seno all'ordinamento comunitario, se e fino a che esso mi garantisce un efficace livello di tutela dei diritti). Insomma, molte ipotesi sul tappeto, insieme con il senso di vertigine che discende dal constatare come le Corti possano scambiarsi imprevedibilmente i ruoli, venendo i giudici europei a trovarsi innanzi a scelte di sistema, con cui le giurisdizioni costituzionali si sono a lungo tormentate. Certo è che, se da una parte possiamo augurarci che tali tensioni siano eccezionali, dall'altra dobbiamo dare atto che in tema di libertà fondamentali il bilanciamento non è profilo marginale, ma spesso risolutivo⁹¹, e che proprio su questo punto cruciale non abbiamo ancora un criterio normativo certo di scioglimento dei conflitti.

Ciò non è bene, poiché l'efficacia di un diritto non si misura sulla sola accoglienza "più estesa" possibile che esso possa trovare nell'ordinamento, ma anche sulla solidità delle premesse normative in base a cui invocarlo, sulla certezza di trovare il giudice competente a specificarne il senso, sulla complessiva rapidità ed efficacia del sistema processuale nell'assicurare giustizia⁹².

Impegnamoci tutti ad agire, con umiltà e prudenza, in questa direzione.

9. Le ragioni di una scelta. Ho appena ipotizzato che fin d'ora, o comunque in tempi non lunghi, saremo chiamati ad esprimere scelte di valore, nell'accezione circoscritta che ho voluto precisare. Mi si voglia allora consentire una digressione sulle ragioni di prudenza che tali scelte sollecitano: non voglio aggiungere nulla a quanto già noto, ma solo riassumere i tratti salienti di un lungo, e ben più complicato percorso.

Il punto di partenza non può che essere la progressiva frantumazione del monopolio statale sui diritti, cui parevamo oramai assuefatti per il duplice verso della produzione normativa e della conseguente protezione giurisdizionale. Dalla nascita dello Stato di diritto, è spettato alla legge nazionale il governo delle libertà, in seno alla comunità politica di cui si era cittadini⁹³: tuttavia, la storia del costituzionalismo novecentesco è nel contempo la storia del fallimento di questa idea di onnipotenza legislativa, che si è rivelata tragicamente insufficiente ad impedire la germinazione, dal seme stesso della democrazia, dell'aberrazione nazista e fascista⁹⁴. Nel secondo dopoguerra l'Europa continentale è dunque ripartita da tale scacco fatale, sapendo ricostruire il proprio modello stato-centrico di tutela dei diritti fondamentali attraverso una più feconda prospettiva, di "moltiplicazione" ed "universalizzazione" dei diritti⁹⁵: essa costituisce il punto di un approdo dal quale abbiamo nuovamente cominciato ad allontanarci nella direzione di una sintesi europea che si spera ancora migliore dell'*hortus conclusus* nazionale. Tuttavia, non è forse inutile cogliere le ragioni che

⁹⁰ S. Gambino, *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra "trattati (di Lisbona) e Costituzione*, in www.federalismi.it 2010

⁹¹ R. Alexy, *Concetto* cit. 73; per la dottrina italiana, si veda, in particolare, R. Bin. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, 1992, 154 ss, anche con riguardo ai limiti di tale profilo, e G. Scaccia, *Gli strumenti* cit., 348 ss

⁹² Esprime la preoccupazione che "l'eccesso di documenti e carte in tema di diritti potrebbe anche trasformarsi in un fattore non secondario di indebolimento della posizione del cittadino europeo" M. Cartabia, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Gior. dir. amm.* 2010, 3, 223; in precedenza, C. Pinelli, *Il momento della scrittura: contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, 2002, 134

⁹³ H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, 1948, trad. it. 2009, 406; si deve, in particolare, a questa illustre Autrice l'osservazione per cui il dilagante fenomeno degli apolidi, che fu uno degli effetti dei Trattati di pace seguiti al primo conflitto mondiale, spezzò l'equivalenza tra cittadinanza e godimento dei diritti fondamentali fino ad allora saldamente percepita, fino a porre le basi per un impulso diretto alla rifondazione di una teoria generale delle libertà, in quanto ontologicamente proprie di ciascun essere umano; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, 1992, 58

⁹⁴ L. Ferrajoli, *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, 2007, 487

⁹⁵ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, 1990, 66

hanno determinato nelle nostre democrazie il successo dell'esperienza "monolivello", per così dire, di garanzia dei diritti, per domandarsi se esse assistono nel medesimo modo l'edificio europeo che, mattone per mattone (o, per meglio dire, sentenza per sentenza) è in corso di realizzazione sotto i nostri occhi. Proverò a sintetizzare, con il rischio di banalizzare, quanto tutti già sanno. La rigidità della Costituzione e la introduzione del controllo di costituzionalità sulle leggi è l'architrave⁹⁶, ma sono stati necessari ulteriori elementi di sostegno, che coagiscono per sostenere il sistema costituzionale dei diritti⁹⁷.

In primo luogo, la legge è costretta a cedere il passo innanzi alle superiori norme costituzionali, ma non cessa per questo di costituire il perno del processo evolutivo dell'ordinamento, anche sul piano dell'ampliamento e della più efficace garanzia dei diritti: sarebbe miope ritenere che quest'ultima possa definitivamente prescindere dalla delicata funzione, precipuamente affidata al legislatore, di trovare punti di bilanciamento capaci di realizzare un equilibrio, costituzionalmente armonico e rispettoso del contenuto essenziale delle posizioni giuridiche attive, tra principi potenzialmente capaci di collidere gli uni con gli altri. Il compito del legislatore è perciò mutato, l'assetto degli interessi che la legge conforma ha cessato di essere inappellabile, in quanto soggetto al controllo di costituzionalità, ma la tutela dei diritti continua, entro questi limiti, a trovarvi un fondamentale appoggio sistemico⁹⁸. In un contesto di weberiana "materializzazione" del diritto, tale necessità si accentua, via via che i tradizionali diritti di libertà sono affiancati dai diritti sociali. Questi ultimi, piuttosto che ingenerare una frattura nell'architrave dello Stato di diritto "classico"⁹⁹ ne divengono il presupposto sostanziale, poichè solo l'intreccio tra libertà e prestazioni sociali rende gli individui padroni della propria democrazia, laddove le prestazioni sociali creano le condizioni materiali per il sereno esercizio delle libertà politiche e civili¹⁰⁰.

In tale contesto, i diritti non sono più l'espressione dell'uomo-monade che si confina in un recinto protettivo, ma assumono la funzione sociale di conformare l'ordinamento, e viceversa di esserne conformati, secondo un moto continuo che si vale di essi per tratteggiare e rafforzare i tratti identitari della comunità, e di questi ultimi in senso inverso per illuminare e ricondurre ad unità i primi secondo una prospettiva assiologica: per tale via, i diritti esprimono davvero il "legame morale" che ciascuno di noi ha con il proprio Stato, giacchè "il

⁹⁶ H. Kelsen, ora in *La giustizia costituzionale*, trad. it. 1981, 17 ss; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite* cit. 89 ss

⁹⁷ G. Peces-Barba Martines, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. 1993; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in E. Vitale (a cura di), *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, 2008, 22

⁹⁸ F. Sorrentino, *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*, in A. Pace (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, 1999, II, 1646 ha trattato tale profilo con specifico riguardo all'integrazione comunitaria

⁹⁹ E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione* trad. it. 1973, 31 ss

¹⁰⁰ Tra altri, A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, 1997, 141 spiega "come e perché i "diritti sociali" siano non soltanto compatibili con la democrazia, ma costituiscano anche una componente essenziale dei valori fondamentali della stessa". Dopo H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, trad. it. 1966, è stato in particolar modo I. Berlin, in *Due concetti di libertà*, 1958 (ora in I. Berlin, *Libertà*, trad. it. 2010, in particolare 182 ss) ad enfatizzare il "conflitto diretto" tra libertà positiva e libertà negativa, negando la riconciliazione tra valori contrapposti. Essa è invece il fondamento del pensiero di R. Dworkin (da ultimo, R. Dworkin, *La giustizia in toga*, 2006, trad. it. 2010, 115 ss, ove si pone "la questione se i nostri valori politici siano indipendenti gli uni dagli altri (...) o se siano interdipendenti nel modo in cui suggerisce la concezione rivale della libertà che ho abbozzato")

singolo, tramite l'esercizio individuale dei diritti fondamentali, prende delle decisioni che hanno rilevanza per la comunità"¹⁰¹

Sul piano istituzionale, infine, la tutela dei diritti poggia su di una pluralità di soggetti istituzionali, e tra questi in primo luogo i giudici, che nel contempo agiscono all'interno di un unico ordinamento, ove sussistono criteri certi di composizione dei conflitti di competenza che ne possono derivare, ed ove, soprattutto, è garantita dalla Costituzione una tendenziale omogeneità dei valori cui essi orientano la propria condotta. Si è cioè realizzato un felice equilibrio tra istanze unificatrici (culminanti nel controllo di legalità costituzionale affidato alla Consulta) e diffusività dei principi costituzionali e delle forme di tutela giurisdizionale dei diritti, posto che ciascun giudice è chiamato direttamente ad interpretare i primi e a garantire le seconde, nei limiti dei propri poteri¹⁰².

Ovviamente molto altro si potrebbe aggiungere, ma possiamo fin d'ora chiederci in che parte tali condizioni si siano, o possano ancora realizzarsi, nell'ordinamento comunitario da un lato, e nell'orbita della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo dall'altro.

In entrambi i casi, sia pure per ragioni differenti, è apparso a lungo chiaro che la tutela dei diritti si affida alla giurisdizione (Corte di giustizia, Corte EDU, giudici nazionali), piuttosto che al processo di integrazione politica che fa capo alla legge¹⁰³.

La CEDU appartiene al novero delle Carte dei diritti, un catalogo di prerogative che si pretendono connotare l'individuo a fronte e contro le pretese invasive dei pubblici poteri, lungo un asse atemporale che ignora l'intervento conformativo del legislatore, ed anzi ne diffida; quanto al settore comunitario, un legislatore *sui generis* vi è, ma esso semplicemente non si occupa della "materia diritti": latita, in quest'ottica, il bilanciamento legislativo dei valori e dei principi, cui è affidata l'armonia degli ordinamenti nazionali¹⁰⁴. Il deficit di tutela dei diritti sociali in ambito comunitario e convenzionale è altresì agevolmente percepibile, e non si può certo dire che le libertà civili e politiche sovranazionali si rafforzino alla luce dello sviluppo delle prestazioni sociali, le quali restano affidate in preponderante misura alla discrezionalità degli Stati¹⁰⁵.

La funzione sociale e conformativa dei diritti appare poi offuscata: se essa difficilmente si lega al catalogo delle libertà "oppositive" contenuto nella CEDU, anche a livello comunitario, ovvero in un contesto segnato originariamente da una esclusiva finalizzazione al mercato, i diritti si affermano, al di fuori di tale campo, come strumento di difesa avverso l'azione potenzialmente lesiva degli organi della Comunità, a necessaria compensazione del primato della normativa europea su quella nazionale, mentre pare difficile trovarvi

¹⁰¹ P.Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, 1983, trad. it. 1993, 59; sul "ruolo decisivo nello sviluppo dell'aspetto istituzionale dei diritti fondamentali" che spetta al legislatore, *ivi*, 146 ss

¹⁰² Rinvio sul punto alle osservazioni svolte in M. Bignami. I poteri cit.

¹⁰³ J.H.Weiler, *La Costituzione cit.* 2003, 189, il quale rileva che "non si è capito che ciò che è essenziale dei diritti fondamentali è la ponderazione tra gli interessi pubblici e quelli del singolo".

¹⁰⁴ E. W. Böckenforde, *Dove sta andando l'Europa?* (1999), ora in *Diritto e secolarizzazione*, trad. it. 2007, 183, a proposito della rottura della "unità di spazio statale, spazio sociale e spazio economico" implicata dal processo di integrazione europea

¹⁰⁵ Si deve a M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 2000, III, 383, l'osservazione per cui si verifica una scissione tra la titolarità dello Stato membro a garantire prestazioni sociali, e la possibilità, soggetta ai vincoli comunitari, di governarne la spesa, in un settore ove "la questione delle risorse disponibili è cruciale".

riflesso un processo di costruzione ed indirizzo di un vero e proprio “patriottismo costituzionale” comunitario¹⁰⁶, alla luce della quale, in senso opposto, contestualizzarli ed interpretarli.

Infine, permane un certo grado di incertezza nel coordinamento dell’azione delle Corti e dei giudici nazionali a tutela del medesimo diritto, che si cumula con il rischio, verificatosi talvolta, ma sempre in agguato, di esiti divergenti dei giudici¹⁰⁷: la mancata integrazione dei diritti in un unico ordinamento costituzionale priva l’interprete, che si trovi a valutare una fattispecie alla luce della normativa nazionale, comunitaria e convenzionale ad un tempo, di un unico asse valoriale di riferimento; nel contempo, ciascuna Corte tende ad imporre al giudice comune nazionale l’egemonia del proprio ordinamento particolare, soffocandone lo spazio di libertà interpretativa¹⁰⁸.

A questo punto, pare emergere un quadro complessivo che, allo stato, enfatizza i punti di divergenza del nuovo modello multilaterale di tutela dei diritti dal tradizionale assetto statale¹⁰⁹, con zone d’ombra a tratti inquietanti, che dovrebbero indurci a preferire opzioni interpretative prudenzialmente favorevoli alla più ampia espansione delle giurisdizioni costituzionali nazionali.

Tuttavia, fremono sottotraccia elementi di segno radicalmente opposto: anzitutto, la Carta di Nizza segna un vero e proprio salto di qualità nelle politiche dell’Unione, vincolando all’osservanza di diritti e principi finalmente arricchiti di una necessaria prospettiva “sociale”¹¹⁰ e sorretti gli uni con gli altri da una prospettiva di indivisibilità, enunciata fin dal Preambolo¹¹¹

Al contempo, la Carta contiene frequenti rinvii alla normativa comunitaria ed alle leggi nazionali, che disciplinano l’esercizio dei diritti. Tale tecnica compilatoria può essere certamente intesa come espressiva della volontà di evitare sconfinamenti nello spazio discrezionale dei legislatori, ma, secondo una lettura evolutiva, piuttosto che storica, su cui si è già detto, vi si potrebbero altresì intravedere altrettante “riserve comunitarie di legge”, dotate della fecondità evolutiva nell’assetto dei diritti¹¹², che tale istituto riveste negli ordinamenti nazionali. Infine, le Corti iniziano a trovare, sia pure faticosamente, compromessi di “non belligeranza”, che stemperano le ipotesi conflittuali (ne è esempio la stessa giurisprudenza costituzionale, maturata nei confronti dapprima del diritto comunitario, e da ultimo della CEDU), e che sono poi legittimati dall’attenzione sempre più sensibile che la Corte di giustizia mostra di saper riservare alla tutela dei diritti fondamentali. Manca ancora, a mio parere, un equilibrio più maturo tra istanze accentratrici di questa stessa Corte e diffusività nell’interpretazione giudiziale del diritto comunitario. Essa si potrà peraltro raggiungere sia con l’adozione, da parte di questi ultime, di talune tecniche di difesa delle proprie prerogative, sia per effetto del trascorrere del tempo, ove la definitiva affermazione dei valori comunitari renda meno stringente la

¹⁰⁶ J. Habermas, *Morale* cit. 116; R. Smend 1928, *Costituzione e diritto costituzionale*, trad. It. 1988, 74 ss; L. Ferrajoli, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*. In D. Zolo (a cura di.), *La cittadinanza*, 1994, 263-92.

¹⁰⁷ S. Panunzio, in S. Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali* cit. 44 ss

¹⁰⁸ Rinvio ancora sul punto a M. Bignami, *I poteri* cit.

¹⁰⁹ Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, 2007, 246 ss

¹¹⁰ Senza pretesa di esaustività, si vedano almeno A. Ruggeri, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani e prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. Pubbl. Comp.Eur.* 2001; C. Salazar, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: un “viaggio al termine della notte”?*, in G.F. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza: il costituzionalismo dei diritti*, 2001, 240-241 G. Silvestri, *Verso uno ius commune* cit., 20; da ultimo, F. Facury Scaff, M. Revenga, R. Romboli (a cura di), *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, 2010

¹¹¹, C. Pinelli, *Il momento della scrittura* cit.162ss

¹¹² N. Bobbio, *L’età* cit., 75

necessità di vigilare con occhiuta attenzione sulla condotta dei giudici, che li debbono difendere. Manca, soprattutto, la garanzia di un legislatore comunitario, democraticamente eletto, che abbia la sua propria competenza sui diritti, giacchè essi continuano a non costituire “materia” affidata all’Unione, quanto limite all’azione esercitata da quest’ultima negli ambiti di pertinenza¹¹³. Nonostante ciò, si può forse concludere che la scelta cui siamo chiamati è divenuta più complicata rispetto a quanto non fosse solo pochi anni or sono, e che il tempo gioca tutto a favore dell’ordinamento comunitario, implementato dalla prospettiva liberale della CEDU. Si aggiunga che l’epoca dei “diritti contesi”¹¹⁴ è congeniale ad una discussione la più aperta ed ampia possibile, dove la miopia di chi è incapace di vincere i propri pregiudizi culturali viene guarita dal confronto con altri mondi possibili, con altri diritti possibili, al fine di “smentire (quelle) particolari paure che hanno infettato la psiche dei giudici”¹¹⁵. Tra una Corte costituzionale che riconosce ai gay “il *diritto fondamentale* (corsivo di chi scrive) di vivere liberamente una condizione di coppia” ma ne subordina “tempi, modi e limiti” alle scelte della maggioranza parlamentare, ed una Corte europea che, per di più a stretta maggioranza (tre dei sette giudici hanno ravvisato una violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione), tollera il difetto di una disciplina normativa delle unioni omosessuali in Austria, solo in quanto superato da una recente riforma (Corte EDU, *Schalk e Kopf v. Austria*, sentenza 24 Giugno 2010, in causa 30141/04), tra queste due Corti, quale tutela meglio i nostri diritti fondamentali?¹¹⁶

¹¹³ J.H.Weiler, *La Costituzione* cit. 216: “il vero problema della Comunità è l’assenza di una specifica politica per i diritti umani”.

¹¹⁴ Secondo l’efficace espressione impiegata da M. D’Amico, *I diritti contesi*, 2008

¹¹⁵ B. Markenisis-J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato* 2006, trad. it. 2009, 183.

¹¹⁶ R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto garantito alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in [www. Associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.Associazionedeicostituzionalisti.it). 2010, si interroga sulla questione dei “diritti costituzionali accertati, ma non tutelati”, e ritiene che “la questione di costituzionalità, impostata pertanto non più riguardo al diritto al matrimonio quanto alla vita familiare, potrebbe avere maggiori possibilità di essere accolta sia davanti alla Corte costituzionale, e, ancora di più., davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo”. L. Ferrajoli, *Diritti* cit., pone altresì in luce la distinzione, e nel contempo l’imprescindibile nesso consequenziale, tra enunciazione di un diritto fondamentale e *garanzie* di attuazione e tutela dello stesso.