



Centro di
Documentazione europea - UniCT Università di Catania

I quaderni europei

Scienze giuridiche



CORTE COSTITUZIONALE E CORTI EUROPEE: IL MODELLO, LE ESPERIENZE, LE PROSPETTIVE

Antonio Ruggeri

Maggio 2010
n. 19

Antonio Ruggeri

Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper* 2010/n. 19
Maggio 2010

URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/19_2010.pdf

© 2010 Antonio Ruggeri

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper*/ISSN 1973-7696

Antonio Ruggeri, Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Messina.

La collana *online* “*I quaderni europei*” raccoglie per sezioni (scienze giuridiche, scienza della politica e relazioni internazionali, economia, scienze linguistico-letterarie) i contributi scientifici di iniziative sulle tematiche dell'integrazione europea dalle più diverse prospettive, avviate da studiosi dell'Ateneo catanese o da studiosi di altre Università italiane e straniere ospiti nello stesso Ateneo.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su:
<http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei>

Responsabile scientifico: Nicoletta Parisi

Comitato di redazione: Sabrina Carciotto - Silvia De Luca - Giovanna Morso - Valentina Petralia

Edito dal Centro di documentazione europea dell' Università di Catania

Via San Lorenzo, 4 - 95131 – CATANIA

tel. ++39.095.730.7954

fax ++39.095.730.7956

www.lex.unict.it/cde

Abstract

Lo scritto si interroga sul grado d'integrazione sovranazionale raggiunto, dal punto di vista della teoria della Costituzione ed alla luce degli sviluppi giurisprudenziali. Segnala le aporie di costruzione presenti nella giurisprudenza costituzionale, specie sul terreno dei rapporti con l'ordinamento dell'Unione Europea, in particolare per ciò che concerne i limiti al primato del diritto sovranazionale. Si sofferma quindi sulla soluzione patrocinata dalla giurisprudenza costituzionale in merito alle antinomie tra diritto interno e CEDU, segnalando come nella gran parte dei casi esse siano meramente apparenti; laddove poi risultino reali, prospetta una soluzione diversa da quella fatta propria dal giudice delle leggi, secondo cui quest'ultimo dovrebbe limitarsi ad accertare l'"irrilevanza" nel singolo caso della norma interna contraria alla Convenzione, senza dunque far luogo al suo annullamento. Dopo aver svolto alcune notazioni critiche in merito al modo con cui la giurisprudenza ricostruisce il fondamento dell'interpretazione conforme e ne prefigura talune sue possibili utilizzazioni, si sofferma sui conflitti tra pronunzie delle Corti europee e pronunzie del giudice costituzionale, rilevando come *i conflitti tra giudicati si pongano quale species dei conflitti tra valori*, ripianabili unicamente con la tecnica sperimentata del reciproco bilanciamento. Chiude lo studio l'esame di alcuni "casi difficili" di conflitti tra giudicati, rivisti nella prospettiva della costruzione di un ordinamento "intercostituzionale".

The research analyses the level of the current supranational integration from the perspective of the theory of Constitution and in the light of the case-law. It points out the contradictions of the constitutional case-law mostly in the field of the relationships between domestic legal system and EU-law, in particular in regard to the limitations to the primacy of supranational law. It deals thus with the solution adopted by the Constitutional Court in regard to the antinomies between domestic law and ECHR by concluding they are generally apparent. However in the rare cases of real antinomies this research leads to a different conclusion from that adopted by the Constitutional Court, according to which latter should merely ascertain the irrelevance of the domestic provision contrary, in the concrete case, to the Convention, without declaring it invalid. After some critical observations concerning the way case-law reconstruct the fundament of the conform interpretation as well as some possible uses thereof, it analyses the conflicts between European Courts' decisions and Constitutional Courts' decisions by signalling that the conflicts among final decisions amount to the values conflicts, which may only be solved through the technique of mutual balance thereof. The research concludes by examining some difficult conflicts between final decisions, reviewed in the light of the construction of a "inter-constitutional" legal system.

Keywords

Corte costituzionale - corti europee - integrazione sovranazionale - interpretazione conforme - conflitti tra giudicati

Constitutional Court - European Courts - sopranational integration - conform interpretation - conflicts of final decisions

CORTE COSTITUZIONALE E CORTI EUROPEE: IL MODELLO, LE ESPERIENZE, LE PROSPETTIVE*

di Antonio Ruggeri

Sommario: 1. Teoria della integrazione sovranazionale e teoria della Costituzione: un ossimoro o, all'opposto, due frammenti inautonomi, bisognosi di essere ridotti ad unità? 2. La lunga marcia di avvicinamento della giurisprudenza costituzionale a quella dell'Unione e le non rimosse aporie di costruzione cui essa ha dato luogo.- 3. La consistenza dell'integrazione e le forme del suo apprezzamento in prospettiva assiologico-sostanziale, ovvero sia la conversione dei "controlimiti" da frontiera invalicabile dal diritto sovranazionale a fattore e motore dell'integrazione.- 4. La svolta della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra Costituzione e CEDU conseguente alla riforma del Titolo V: una rilettura critica, con specifico riguardo al caso (eccezionale) in cui si vorrebbe chiamato il giudice delle leggi a dichiarare l'invalidità di norma convenzionale incompatibile con la Costituzione, laddove potrebbe prospettarsi l'accertamento della "irrelevanza" della norma rispetto al caso stesso (è, però, da chiedersi se e quando possano davvero darsi *antinomie reali* tra Convenzione e Costituzione, stante la volontà dichiarata dalla prima di essere applicata unicamente ai casi in cui offra una maggiore tutela ai diritti di quella data dalla seconda).- 5. *Segue:* Note critiche al modo con cui la giurisprudenza ricostruisce il fondamento dell'interpretazione conforme e ne prefigura talune sue possibili utilizzazioni (con particolare riguardo alla preclusione fatta agli operatori di discostarsi dalle interpretazioni della Corte EDU).- 6. L'integrazione attraverso i diritti, alla prova del nove degli eventuali conflitti tra giudicato costituzionale e giudicato eurounitario (in ispecie, i conflitti, apparenti o reali, originati da decisioni di accoglimento della Corte costituzionale).- 7. *Segue:* i conflitti causati da pronunzie di rigetto e la lezione di ordine generale che se ne può trarre in merito allo svolgimento delle relazioni tra le Corti (e gli ordinamenti), ovvero sia *i conflitti tra giudicati come conflitti tra valori*, ripianabili unicamente con la tecnica sperimentata del reciproco bilanciamento.- 8. Giudicato costituzionale *versus* giudicato "convenzionale".- 9. Questioni di sostanza e di procedura assieme: alcuni "casi difficili".- 9.1. Quale tecnica mettere in campo per ripianare i conflitti tra leggi e norme CEDU coincidenti con norme della Carta di Nizza considerate idonee ad essere portate ad immediata applicazione?- 9.2. E, ancora, che fare con riguardo al caso di norma CEDU giudicata contraria a Costituzione e però sostanzialmente corrispondente a norma della Carta di Nizza non lesiva di "controlimiti"?- 9.3. E, infine, che fare in presenza di conflitti tra norme delle Carte europee (e, perciò, tra i giudicati delle rispettive Corti)?- 9.4. Quale "morale" è possibile trarre dai casi esaminati?- 10. Uno sguardo sul futuro: verso un modello di relazioni "intercostituzionali" (e, per ciò, "intergiurisdizionali") connotato da strutturale fluidità e mobilità e proteso all'appagamento, il più intenso possibile in ragione dei casi, dei diritti fondamentali.

1. Teoria della integrazione sovranazionale e teoria della Costituzione: un ossimoro o, all'opposto, due frammenti inautonomi, bisognosi di essere ridotti ad unità?

Trattare dei rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee equivale, in buona sostanza, a trattare della teoria della Costituzione da un peculiare, illuminante punto di vista, quello del "diritto costituzionale vivente"¹; anzi, del raffronto tra diritti viventi, ciascuno dotato di una sua propria connotazione, dei quali si fa appunto questione circa le forme più marcate di convergenza o divergenza sul terreno della definizione delle relazioni interordinamentali.

Naturalmente, non escludo che una compiuta messa a punto della teoria della Costituzione richieda ben altre verifiche su campi di esperienza diversi da quelli attraversati dalle relazioni suddette, per quanto – come si sa – queste ultime risultino ormai particolarmente estese, coinvolgendo una parte cospicua degli ambiti di vita sociale. Piuttosto, per ciò che la mia esperienza di studio mi consente di dire, ho l'impressione che la nostra Corte – al pari, forse, di altre² – non si faccia portatrice di una

*Il saggio rappresenta la rielaborazione di una relazione al Convegno organizzato dal Gruppo di Pisa e svoltosi il 4-5 giugno 2010, su "Corte costituzionale e sistema istituzionale" i cui contenuti sono stati ripresi in occasione della conferenza tenuta nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania il 10 giugno 2010.

¹ Ovviamente, il "diritto costituzionale vivente", pur affermandosi in grado eminente per bocca della Consulta, risulta altresì, in una non secondaria misura, dall'opera dei giudici comuni, per il modo con cui fanno uso della Costituzione e di altri documenti normativi *quodammodo* "paracostituzionali", quali – come si vedrà – la CEDU e le Carte dei diritti in genere. A quest'opera, di cruciale rilievo, mi troverò nondimeno costretto a riservare qua e là unicamente qualche cenno, essendo chiamato a dire specificamente dei rapporti tra le Corti.

² Ma sul terreno, particolarmente accidentato, della comparazione ora non mi spingo, anche a motivo delle assai scarse informazioni di cui dispongo; segnalo solo di avere l'impressione che il ragionamento adesso fatto valga anche per molte altre Corti (e, forse, addirittura

unitaria teoria della Costituzione, suscettibile di piane ed uniformi applicazioni, invarianti rispetto al variare dei casi. Il che vale come dire che la teoria della Costituzione di cui rende testimonianza la giurisprudenza costituzionale relativa alle relazioni interordinamentali è *una* delle teorie della Costituzione offerte dalla giurisprudenza stessa lungo i suoi estremamente ramificati e non di rado non lineari percorsi.

Non da ora (ma negli ultimi tempi specialmente) una sensibile dottrina si mostra preoccupata della possibilità di preservare integra la Costituzione (e la sua forza) a fronte della crescente avanzata del processo di integrazione sovranazionale. In fondo, è quanto ha fatto (e fa) la stessa giurisprudenza con la sua perdurante insistenza a riguardo dei “controlimiti” al primato del diritto comunitario o – piace a me dire – “eurounitario”³. D'altronde, anche quanti hanno variamente preso le distanze dall'indirizzo tracciato dalla Consulta a riguardo dei rapporti (con le Comunità, prima, e ora) con l'Unione europea, evidenziandone le vistose crepe teoriche e la non linearità degli svolgimenti argomentativi, non hanno *in nuce* contestato la bontà (e la stessa necessità) di fissare una soglia invalicabile al processo suddetto, segnata appunto dall'indisponibile osservanza dei principi fondamentali dell'ordinamento; semmai, si è un tempo⁴ fatto da molti notare che la soglia avrebbe dovuto essere ancora di più abbassata, inibendo al diritto sovranazionale di spiegare effetti laddove urtante nei riguardi di qualsivoglia precetto della Carta costituzionale, secondo quanto peraltro si ha anche in altri ordinamenti⁵.

Si tornerà sul punto, di cruciale rilievo, a tempo debito.

Quel che, nondimeno, ora importa mettere in chiaro, in sede di posizione delle premesse dell'analisi di seguito svolta, è che l'integrazione sovranazionale, specie se considerata nella sua compiuta maturazione, e la forza della Costituzione, nella sua genuina o pura accezione⁶, sono viste come potenzialmente confliggenti e, a conti fatti, non pienamente riducibili ad unità, pur trovandosi – per una congiuntura storico-politica insuperabile⁷ – pur sempre obbligate a trovare un qualche accomodamento, un *modus vivendi*, la cui messa a punto è, in buona sostanza, rimessa proprio alle Corti, seppur a rimorchio di opzioni di fondo fatte dai massimi decisori politici.

Credo che riassume molto efficacemente questo pensiero, peraltro largamente diffuso e comunque sottinteso in molti discorsi sui rapporti tra gli ordinamenti (e le loro Corti), il rilievo, presente in una avveduta dottrina, della “difficoltà (forse insormontabile) di conciliare una compiuta teoria della Costituzione con una compiuta teoria del processo di integrazione senza che una delle due subisca danni irreparabili”⁸.

Il timore è, insomma, che, portandosi l'integrazione fino in fondo, la Costituzione si trovi costretta ad assistere impotente alla propria dissoluzione, così come, di rovescio, resistendo la Costituzione al (supposto) tentativo di abatterla, l'integrazione, pur andando ancora oltre, non possa comunque giungere a compimento. In filigrana, è – come si vede – la “logica” stessa che trasuda dal

per tutte...), non fosse altro che per il carattere casistico del loro funzionamento, che non consente allo sforzo della generalizzazione di portarsi oltre una certa soglia.

³ Ho coniato questo termine, di cui qui pure consiglio l'utilizzo, nel mio *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it, 24/2009. E, tuttavia, li come qui, unicamente per un fatto di scorrevolezza della esposizione, seguirò talora a far ricorso all'antica ed ormai familiare etichetta.

⁴ Credo che possa ormai dirsi essersi formata una vera e propria consuetudine costituzionale, condivisa da istituzioni, forze politiche, pubblica opinione, favorevole a riconoscere in capo al diritto dell'Unione l'attitudine ad imporsi persino nei riguardi della Costituzione, a condizione però che ne siano fatti salvi i principi.

⁵ Assai articolato e vario il modo di porsi di ciascun ordinamento nei riguardi del diritto dell'Unione: alcuni considerando indisponibile il rispetto della Costituzione, altri di contro ammettendo la deroga della Costituzione stessa senza limite di sorta, altri ancora pretendendo osservanza per i principi, altri infine non avendo ancora preso partito sul punto. Mi chiedo qui nuovamente, dopo averne detto altrove, come possa portarsi avanti il processo d'integrazione senza aver prima rimosso quest'ambiguità, che ne mina il lineare avanzamento.

⁶ ... un'accezione, in realtà, conforme ad una certa tradizione, da ritenere però, come si vedrà, ormai superata.

⁷ Naturalmente, non sta scritto da nessuna parte che uno Stato debba entrare a far parte dell'Unione o che, una volta entrato, non possa uscirne (lo stesso trattato di Lisbona prevede – come si sa – il recesso dall'Unione stessa). Sotto il profilo giuridico-astratto, la scelta a riguardo dell'*an* è pur sempre, saldamente, nelle mani dello Stato, che per ciò solo si ribadisce come sovrano. Il vizio di fondo di questo ragionamento è, tuttavia, costituito dal fatto di svolgersi ad un piano, appunto, giuridico-astratto, trascurando la forza formidabile degli eventi, che – piaccia o no – non consentono in pratica soluzioni diverse dalla perdurante appartenenza all'Unione, quanto meno nel senso che non è conveniente che esse si abbiano. A mio modo di vedere, poi, al di là delle convenienze, stanno ben altre ragioni, ideali o ideologiche che dir si voglia, che portano a quest'esito.

⁸ Così, L. VIOLINI, *I precari equilibri di un sistema giudiziario multilivello: i confini tra potere giudiziario nazionale e giudici europei in Germania*, in N.ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana* Napoli, 2006, p. 525.

Lissabon Urteil dello scorso anno, dove anzi i “paletti” sono fissati in modo ancora più insistito e persino, in qualche punto, pignolo rispetto alle assai più laconiche (ma non perciò meno espressive, al piano assiologico-sostanziale) definizioni dei confini operate dalla nostra giurisprudenza⁹; e, senza spingerci ora fuori delle mura domestiche, è quanto si ricava dallo stesso art. 11, nel quale pure – come si sa – si è soliti rinvenire il fondamento della *primauté* del diritto sovranazionale, dove – è stato fatto con studiata precisione notare da molti commenti – si discorre di “limitazioni” (e non di “cessioni”) della sovranità a beneficio di organizzazioni internazionali che si costituiscano al servizio della pace e della giustizia tra le Nazioni¹⁰.

Non c'è dubbio che al fondo di questo diffuso sentire vi sia un *animus* difensivista, a fronte di un'avanzata dilagante di norme aventi origine esterna allo Stato e nondimeno riconosciute come provviste di forza “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*¹¹: norme alle quali si è inteso porre un argine appunto invalicabile, costituito dai “controlimiti”¹². Un'arma, questa, che molti considerano scarica ma che, forse, con maggiore cautela, dovrebbe dirsi riposta nella fondina e tuttavia pur sempre azionabile, per quanto – come tenterò di mostrare a breve – non vedo, almeno al presente, le condizioni che potrebbero giustificare l'utilizzo, peraltro proprio dopo Lisbona reso ancora più problematico.

La tesi che qui vorrei argomentare è nel senso di sdrammatizzare la questione dei “controlimiti”: sia per il caso che dovessero essere superati dal diritto sovranazionale – ciò che, come si vedrà, può a mia opinione, a certe condizioni, aversi – e sia che invece dovessero entrare in scena, si assisterà né più né meno che ad uno dei tanti casi di bilanciamento tra principi o valori fondamentali¹³. La differenza rispetto ai bilanciamenti “usuali” – per dir così – è data dal fatto che essi hanno modo di affermarsi e di esaurirsi per intero entro i confini dell'ordinamento interno, laddove i bilanciamenti di cui ora si discorre posseggono evidenti ed immediati riflessi *extra moenia*, apprezzandosi al piano delle relazioni interordinamentali. Eppure, tutti possono ugualmente dirsi “costituzionali”, poggiando sopra un terreno spianato dalle norme della Carta, punto costante (seppur non esclusivo) delle ponderazioni di ordine assiologico. La Carta, dunque, si conferma (ed, anzi, si realizza appieno) *proprio* grazie ai fatti d'integrazione che, portando ad effetto i principi fondamentali che la fondano e promuovono, danno senso compiuto al sistema costituzionale, nelle sue più salienti espressioni di ordine assiologico.

⁹ Alluvionale la messe di scritti a commento della decisione del *Bundesverfassungsgericht*: tra i molti altri, v. gli interventi al Seminario su *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea*, svoltosi a Roma il 21 settembre 2009, in www.astrid-online.it; L. VIOLINI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona*, in *QuadCost.*, 4/2009, p. 947 ss.; J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, in *RIDPC*, 5/2009, p. 973 ss.; L.S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *RDI*, 4/2009, p. 993 ss.; P. FARAGUNA, *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure*, in *QuadCost.*, 2010, p. 75 ss.

¹⁰ Solo gli storici che verranno potranno dire se l'art. 11, per l'uso concretamente fattone, si è tramutato – *suo malgrado* – in un vero e proprio cavallo di Troia, che ha consentito di espugnare la cittadella murata dello Stato nazionale.

¹¹ La qualifica in termini di “paracostituzionale” della forza posseduta dal diritto comunitario si trova in alcune mie riflessioni ormai risalenti ad oltre trent'anni addietro; può, volendo, ancora oggi vedersi nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, Torino, 2009, p. 210 ss.

¹² Indicazioni a riguardo del modo con cui questi ultimi sono comunemente intesi possono aversi da S. GAMBINO, *La protezione “multilevel” dei diritti fondamentali (fra Costituzione, trattati comunitari e giurisdizioni)*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, II, Napoli, 2008, p. 1007 ss.; F. FONTANELLI, G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del “dialogo nascosto” fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, in *RTDP*, 2008, p. 351 ss.; A. CELOTTO, *Primauté e controlimiti nel Trattato di Lisbona*, in *ID.*, *Scritti sul processo costituente europeo*, Napoli, 2009, p. 77 ss. e G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009, spec. p. 171 ss., nonché, con specifico riguardo alle prospettive aperte dal trattato di Lisbona, da A. RANDAZZO, *I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in www.forumcostituzionale.it e D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009, spec. pp. 59 ss. e 128 ss., ma *passim*.

¹³ Non intendo qui riprendere la vessata questione relativa all'oggetto dei bilanciamenti, da alcuni riferito a beni o interessi, da altri a norme, da altri ancora a valori. Al di là di ogni riserva che dovesse farsi al riguardo, resta ad ogni buon conto il fatto che gli interessi o i beni della vita hanno titolo per partecipare ai ragionamenti dei giuristi se ed in quanto trovino accoglienza in norme che ad essi facciano rimando (siano o no espressive di “principi”, e di “principi fondamentali” ovvero non “fondamentali”), così come gli interessi da un canto e le norme dal loro canto, sono pur sempre l'immagine, ora più ed ora meno nitida e fedele, dei valori, di necessità pregiudiziali e nondimeno essi pure bisognosi di trovare accoglienza in norme e pratiche giuridiche in genere che ad essi si ispirino e conformino [su questa ed altre questioni, oggetto di una nutrita letteratura, per tutti, v. A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *EG, Ann.*, II, t. 2, 2008, p. 185 ss. e, ora, G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, spec. 173 ss. e 201 ss., ma *passim*].

La notazione da ultimo svolta, come si vedrà gravida di significati al piano della ricostruzione delle relazioni interordinamentali, si rivela preziosa per una ragione di carattere metodico, prima ancora che teorico-ricostruttivo; e mostra come non possa, ad ogni buon conto, farsi a meno di fissare il punto di vista, vale a dire di stabilire da quale angolo visuale le relazioni stesse possono essere riguardate, allo scopo quindi di verificare se la prospettiva adottata in ambito interno coincida con (o sia comunque convergente rispetto a) quella adottata in seno all'Unione dalla Corte di giustizia e, quindi, a quella fatta propria dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Qui, si fermerà l'attenzione al *nostro* punto di vista, a quello della *nostra* Corte e della *nostra* Carta insomma¹⁴. E, tuttavia, dai rapidi cenni che si faranno agli altri punti di vista, si tenterà di far apprezzare lo sforzo, invero poderoso, prodotto in ciascun ambito di esperienza giuridica al fine di far convergere le prospettive, se non pure (e per intero) gli esiti ricostruttivi.

Articolerò la mia analisi contemporaneamente su tre piani.

Al primo richiamerò i tratti più salienti dei rapporti interordinamentali per come visti da Palazzo della Consulta, mettendo in evidenza le diverse impostazioni ed i parimenti diversi svolgimenti degli itinerari giurisprudenziali, rispettivamente, sul versante delle relazioni col diritto dell'Unione (e la sua Corte) e su quello delle relazioni col diritto convenzionale (e, nuovamente, la sua Corte).

Sul secondo tenterò di mostrare come, al di là delle pur non trascurabili, complessive differenze di contesto e di regime positivo delle relazioni suddette, la tendenza sia ormai marcata verso convergenti tendenze di sviluppo delle relazioni medesime, in rispondenza peraltro al modello costituzionale, per come a me pare essere proprio nelle sue massime espressioni di ordine assiologico.

Sul terzo (ed ultimo), mi interrogherò in merito alle prospettive che possono aprirsi alle relazioni stesse, specie dopo Lisbona, nei limiti in cui previsioni siffatte appaiano essere in qualche modo attendibili, malgrado talune non rimosse contraddizioni e vistose oscillazioni esibite dalla nostra giurisprudenza e, parimenti, talune evidenti incertezze degli indirizzi delle Corti europee.

2. La lunga marcia di avvicinamento della giurisprudenza costituzionale a quella dell'Unione e le non rimosse aporie di costruzione cui essa ha dato luogo

Non rifarò punto per punto il “cammino comunitario” – secondo la felice qualifica datane da una non dimenticata dottrina¹⁵ – della nostra Corte. È stato già fatto, come si sa, molte altre volte e non giova dunque ora mettere mano all'ennesimo racconto. Mi limito solo a segnalare talune non rimosse aporie della costruzione giurisprudenziale, malgrado le quali quest'ultima è riuscita ugualmente ad imporsi: a testimonianza del fatto che, davanti all'irresistibile corso degli eventi, espressivi di un vero e proprio *potere costituente europeo* nondimeno non ancora giunto a compiuta maturazione, a poco o a nulla giova opporre pur sensati ragionamenti, che però presentano il vizio occulto e irreparabile di essere legati ad un ordine costituito ormai in via di definitivo superamento.

Questa vicenda si è ad oggi svolta – a me pare – in cinque fasi. Eccezion fatta per la prima, che sarei tentato di chiamare della *incomunicabilità* o del *totale distacco* e che ha avuto la sua maggiore espressione nella sent. n. 14 del '64, con cui s'è fatta rigida applicazione della parità delle fonti e, di conseguenza, del canone della *lex posterior*¹⁶, le fasi rimanenti, compresa l'ultima tuttora in corso, sono avvolte da una fitta coltre di nebbia che non consente di percepire gli stessi lineamenti di fondo delle relazioni interordinamentali, ad oggi segnate da una non rimossa (e pur tuttavia – starei per dire – *necessaria*) ambiguità.

Una prima forzatura si è avuta col riconoscimento, in modo chiaro enunciato nella sent. n. 183 del '73 (ma già *in nuce* presente nella sent. n. 98 del '65), della “copertura” di cui il diritto comunitario

¹⁴ Prendo infatti alla lettera il titolo della mia relazione, che è “Corti costituzionali e Corti europee” e non “Corti europee e Corte costituzionale”. Ovviamente, mi troverò ugualmente obbligato a fare di tanto in tanto qualche fugace rovesciamento del punto di vista.

¹⁵ Ovvio il richiamo allo scritto di P. BARILE apparso su *GCost* del 1973, p. 2406 ss.

¹⁶ Palese, come si sa, sullo stesso caso (sent. 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. ENEL*) e su altri, la ferma contrapposizione della Corte di Lussemburgo, per effetto principalmente della quale (oltre che per ragioni di contesto) si è quindi avviata la lenta revisione dell'indirizzo della nostra giurisprudenza, al pari peraltro di altre, mettendosi così in moto quella che nel titolo di questo paragrafo è chiamata la “lunga marcia di avvicinamento” a Lussemburgo.

gode ad opera dell'art. 11 Cost. o, per dir meglio, non tanto col rinvenimento della “copertura” in sé, quanto per le implicazioni che se ne sono tratte.

Convertendosi una *norma di valore* in una *norma sulla produzione giuridica*, si è infatti commesso un duplice, grave errore: per un verso, si è ritenuto che le “limitazioni di sovranità”, di cui si fa ivi parola, potessero concretarsi a mezzo di leggi ordinarie, laddove nella circostanza si sarebbe piuttosto dovuto far luogo – come peraltro s'è fatto in altri ordinamenti¹⁷ – all'introduzione di una *Europaklausel* in Costituzione¹⁸; per un altro verso, si è ammessa l'attitudine delle fonti (*tacitamente...*) richiamate dal disposto suddetto, siccome considerate serventi il valore della pace e della giustizia tra le Nazioni¹⁹, a derogare allo stesso dettato costituzionale, fatti nondimeno salvi i principi fondamentali dell'ordinamento²⁰.

Non escludo, ovviamente, che possano darsi coperture di ordine assiologico a beneficio di fonti subcostituzionali in genere, che anzi proprio nell'idea che mi sono venuto col tempo complessivamente facendo hanno centralità di posto nella ricostruzione del sistema. La qual cosa, nondimeno, non autorizza, in via di principio, le fonti stesse a derogare allo stesso dettato costituzionale, la “copertura” restando circoscritta ai rapporti delle fonti in discorso con fonti esse pure subcostituzionali e sopravvenienti, astrattamente idonee a derogarvi. Altra questione è che una fonte (o, meglio, una *norma*²¹) non già assuma di voler rimuovere una volta per tutte un principio fondamentale dell'ordinamento bensì vi incida per taluni aspetti, allo stesso tempo in cui appaia servente altri principi; e, perciò, richieda di poter partecipare ad operazioni di bilanciamento idonee ad aprirsi ad esiti i più varî in ragione dei casi (questo è però, appunto, tutto un altro discorso, che nondimeno sarà ripreso, per taluni aspetti, tra non molto).

¹⁷ Riferimenti in M. CLAES, *Le “clausole europee” nelle costituzioni nazionali*, in *QuadCostC*, 2/2005, p. 283 ss. e G. DE VERGOTTINI, *Costituzione europea*, in *ED, Ann.*, I. 2007, p. 463 ss.

¹⁸... non fosse altro che per il fatto che i trattati comunitari, recepiti con legge comune, prevedevano (e prevedono) un sistema di fonti di rango (quanto meno) primario (ma, in realtà, come si è segnalato, “paracostituzionale”), in deroga al principio del *numerus clausus* delle fonti equiparate alla legge.

Non indugio ora sulle tesi, pure assai accreditate, che con varietà di argomenti escludono o, come che sia, temperano la portata del principio in parola. Ancora di recente, ad es., si è autorevolmente osservato [F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2009, e già in altri scritti] che il divieto di introdurre con legge comune nuove fonti di primo grado varrebbe – in forza del disposto del I c. dell'art. 77 Cost. – unicamente nei riguardi del Governo, non pure di altre autorità. Tesi che, però, non tiene conto – a me pare – della circostanza per cui ciò che rileva non è la (supposta) mancanza di un *divieto* esplicito alla posizione di nuove fonti primarie da parte di organi o soggetti diversi dal Governo (divieto che, come subito si passa a dire, in realtà c'è...) bensì la mancanza, in via generale, di un'*autorizzazione* fatta alla legge ad istituire fonti concorrenziali rispetto a se stessa. Operando una (sia pur parziale) devoluzione di materie a beneficio di fonti costituzionalmente innominate, la legge verrebbe infatti – sembra di poter dire – ad urtare senza riparo con la previsione dell'art. 70 Cost. che conferisce alla legge stessa il potere-dovere di disciplinare *ogni* materia diversa da quelle assegnate ad altre fonti, espressamente indicate dalla Carta. La competenza negativo-residuale stabilita a beneficio (ma anche a carico...) della legge chiude, insomma, il quadro, non consentendo di apportare ad esso alcuna *integrazione* che, a ben vedere, si tradurrebbe automaticamente in una sua inammissibile *deroga*.

Se poi si prefigurano non già delle mere “limitazioni” di una sovranità nondimeno astrattamente idonea, alle condizioni più avanti indicate, a farsi valere bensì una definitiva “cessione” della stessa, allora – com'è chiaro – il salto ordinamentale non potrebbe lecitamente aversi, *dal punto di vista dell'ordinamento vigente*, neppure con legge costituzionale, fermo restando che il potere costituente, una volta che si sia affermato, può pur sempre legittimare se stesso, indipendentemente dalle forme utilizzate per imporsi. Ed è ciò che, appunto, un domani potrà dirsi, ad integrazione compiuta, ragionando sia delle leggi ordinarie di esecuzione che della giurisprudenza che vi ha dato avallo quali espressioni di un nuovo potere costituente, di respiro europeo, ad oggi tuttavia ancora in formazione.

¹⁹ Stranamente, la Corte non s'è chiesta se singole norme comunitarie possano in realtà deviare dal fine-valore della pace (ad es., in quanto non rispettose dei trattati, ancorché non ancora dichiarate tali dalla Corte di giustizia); si è posta il problema della loro (virtuale...) incompatibilità coi principi fondamentali restanti (coi “controlimiti”, come usa dire) ma non, appunto, con lo *stesso* valore della pace. Né s'è chiesta cosa accada nel caso che una norma interna che si ponga in conflitto con norma comunitaria possa ugualmente vantare, per la sua parte, tutela da parte dello stesso art. 11, in quanto essa pure conducente al bene della pace. Si tornerà sul punto tra non molto.

²⁰ ... e i diritti inalienabili della persona umana, che tuttavia possono (e devono) essi pure farsi riportare ai principi fondanti l'ordinamento, siccome emblematicamente espressivi degli stessi e, ancora prima e di più, del valore della dignità, valore che seguito qui a considerare “supercostituzionale” e, perciò, non negoziabile o “bilanciabile” (v., infatti, volendo, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *PD*, 1991, p. 343 ss.; diversamente, invece, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli, 2009, p. 1060 ss.).

²¹ La questione, infatti, riguarda non già le *forme* ma i *contenuti* degli atti in campo, per il modo con cui si riportano ai valori e per il modo con cui questi ultimi si combinano in ragione dei casi. Il sistema insomma – a me pare – è delle *norme*, non già delle *fonti*, ed è perciò in base alle prime che si scompone e ricomponde senza sosta (quest'idea è stata, ancora non molto tempo addietro, sinteticamente rappresentata nel mio *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, Relazione al Convegno su *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Università degli Studi di Roma tre 27-28 novembre 2008, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; pure *ivi*, con lo stesso titolo, i non coincidenti punti di vista di A. PIZZORUSSO e F. MODUGNO).

Sta di fatto che a partire dal '73 è cominciata *la lenta marcia di avvicinamento* della nostra Corte alla Corte di Lussemburgo, la seconda fase insomma. Una fase, nondimeno, segnata da una palese, reciproca diffidenza e profonda incomprensione²², che ha fortemente ostacolato l'avvio di un fecondo ed assiduo "dialogo" tra le Corti stesse, quale invece si è avuto solo a partire dall'ormai "classica" decisione dell'84, con cui il giudice delle leggi, inaugurando la terza fase del proprio indirizzo giurisprudenziale a riguardo dei rapporti interordinamentali, ha fatto propria la tecnica insistentemente e fermamente patrocinata dalla Corte di Lussemburgo per ciò che attiene al modo con cui la *primauté* del diritto comunitario ha da farsi valere.

La più vistosa aporia della giurisprudenza costituzionale del tempo era (ed è), a mia opinione, data dal fatto che le antinomie tra diritto comunitario e diritto interno venivano (e tuttora vengono) qualificate in termini diversi, in ragione di certi *connotati strutturali* delle norme ovvero di talune loro *qualità assiologiche*. Quel che, infatti, si fatica a comprendere (o, diciamo pure, non si capisce affatto, quanto meno non riesce a me di capire) è come possa una norma comunque bisognosa di appoggiarsi alla Costituzione al fine di spiegare gli effetti suoi propri²³, una norma "interposta" dunque, esser causa ora di disapplicazione (o, come ha puntigliosamente precisato la giurisprudenza, di "non applicazione") di norma legislativa interna con essa contrastante²⁴ ed ora invece causa di invalidazione di quest'ultima, col meccanismo usuale del suo annullamento da parte della Corte costituzionale. La medesima condizione di "incompetenza", che in tesi affligge in entrambi i casi l'atto interno, si traduce, la prima volta, nella messa da canto dell'atto stesso da parte del giudice comune (e, anzi, di qualunque operatore) e, la seconda volta, nel suo annullamento. Insomma, una invalidità... *a scomparsa*, che ora non c'è ed ora invece c'è, siccome esclusivamente dipendente dall'attitudine della norma sovranazionale ad essere portata ovvero a non essere portata ad immediata applicazione²⁵.

²² ... alimentata dal mantenimento del meccanismo del sindacato accentrato sulle leggi interferenti col diritto sovranazionale, tenuto fermo dalla decisione in parola (segnatamente, per il caso di sopravvenienza dell'atto interno "anticomunitario").

²³ Indefettibile, allo stato attuale di avanzamento del processo d'integrazione, l'appoggio al diritto costituzionale perché il diritto sovranazionale possa reggersi in piedi, una volta che abbia avuto ingresso in ambito interno. A me pare che così non possa che essere anche ad integrazione compiuta, quanto meno secondo lo scenario che vede la Costituzione nazionale non solo non rimossa ma vieppiù valorizzata, quale motore perennemente acceso dell'integrazione stessa. D'altronde, è questa l'indicazione che ci viene dal Trattato di Lisbona (e, prima ancora, dallo sfortunato trattato costituzionale), col riferimento in esso fatto all'*identità costituzionale* degli Stati membri assunta a tratto espressivo della stessa *identità dell'Unione* (art. 4, Trattato sull'Unione europea, nella versione consolidata). Solo se ci si dispone nell'ordine di idee per cui l'una e l'altra identità, pur restando distinte, aspirano ugualmente a porsi ciascuna quale elemento costitutivo dell'altra, si rende possibile apprezzare compiutamente l'essenza delle relazioni interordinamentali (ma, su ciò, gli ulteriori svolgimenti che di qui in avanti si faranno).

²⁴ Su tale meccanismo, oggetto di dispute interminabili (che hanno portato molti di noi a concludere nel senso che la Corte avrebbe introdotto un anomalo sistema di giustizia costituzionale diffusa), di recente e per tutti, v. C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, p. 125 ss.

²⁵ Non mi è mai riuscito di capire a cosa giovi la chiamata in campo della Corte costituzione con riguardo alla violazione di direttive (e, in genere, di norme non *self-executing* dell'Unione), pure ripetutamente sollecitata dalla stessa Corte costituzionale (*ex plurimis*, sentt. nn. 269 del 2007 e 62 del 2008; in dottrina, da ultimo e per tutti, R. MASTROIANNI, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione Europea. La posizione della Corte costituzionale italiana*, in DCSI, 2009, p. 437 ss., spec. p. 448 ss., e R. CONTI, *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario non immediatamente efficace fra rimedi interni ed europei*, in corso di stampa). Capisco che il giudice non potrebbe subito far luogo all'applicazione della fonte sovranazionale, in tesi inapplicabile; il problema, tuttavia, non gli viene risolto dalla pronunzia del giudice delle leggi, dal momento che, invalidato l'atto interno, rimane pur sempre, sola, sulla scena la fonte dell'Unione. È ovvio che una cosa è che l'atto suddetto sia rimosso con effetti *erga omnes* ed altra cosa che possa essere accantonato per il solo giudizio in corso. L'obiezione tuttavia proverebbe troppo; e, se ci si fa caso, porterebbe quindi a ritenere consigliabile (ed anzi doverosa) la chiamata in campo del giudice delle leggi per le stesse antinomie riguardanti norme sovranazionali *self-executing*. E, invero, si ha qui qualcosa di analogo a ciò che si ha in presenza di pronunzie additive di principio, laddove i giudici sono sollecitati a desumere per l'istante (e in attesa dell'intervento riparatore del legislatore) dalla norma comunitaria di scopo la regola del caso: una regola – si badi – certamente non formulabile "a rime obbligate", altrimenti vi avrebbe fatto luogo la stessa Corte costituzionale. Insomma, fanno qui qualcosa che la stessa Consulta ritiene di non poter fare, in nome del limite della discrezionalità del legislatore.

Come fa al riguardo opportunamente notare un'attenta dottrina (R. CONTI, op. ult. cit.), la decisione di accoglimento del giudice delle leggi produce, in congiunture siffatte, effetti analoghi a quelli che discendono da una pronunzia della Corte di giustizia dietro procedimento per infrazione. Ed allora, per un verso, grava sul legislatore l'obbligo di dare seguito alla decisione stessa che accerta l'originario inadempimento nei riguardi del diritto dell'Unione, mentre, per un altro verso, è fatto obbligo ai giudici, nei limiti delle competenze che ad essi spettano, di definire il caso conformemente alle indicazioni del diritto sovranazionale, esponendosi altrimenti lo Stato alla possibile chiamata a responsabilità per violazione del diritto stesso. Altra cosa è che si riesca a ricucire lo strappo provocato dalla legge a mezzo di un uso coraggioso dell'interpretazione conforme; coraggioso e, tuttavia, non temerario, a motivo dei limiti intrinseci cui soggiace siffatta tecnica interpretativa, ancora di recente peraltro ribaditi dalla Corte di Lussemburgo (ad es., nel caso *Angelidaki*, richiamato anche nello scritto da ult. cit.). Praticamente, invece, senza rimedio la situazione determinata da carenza assoluta di norme interne attuative del diritto

Similmente, poi, per ciò che attiene all'eventuale (ma fin qui meramente astratto) contrasto della norma sovranazionale coi principi fondamentali dell'ordine interno ovvero, di rovescio, di contrasto di norma interna coi principi di base dell'ordine europeo, laddove nuovamente l'antinomia si dispone e svolge al piano della validità, evocandosi in campo l'intervento della Corte costituzionale per ripianarla²⁶.

Dove insomma sono in gioco i valori, lì è sempre (e solo) affare della Corte ristabilire l'armonia del sistema.

La quarta fase è, poi, costituita dall'ulteriore allungamento del catalogo dei casi in relazione ai quali la Corte costituzionale si è riconosciuta competente a risolvere, in vece dei giudici comuni, le questioni di "comunitarietà". Mi riferisco ora, in particolare, alle controversie tra Stato e Regioni originate da leggi interferenti con la normativa sovranazionale, laddove ugualmente si ritiene che debba esser messo da canto il meccanismo della "non applicazione", malgrado possa in astratto prestarsi ad essere azionato. Ed è interessante notare che il sindacato accentrato, originariamente dovuto al carattere preventivo del controllo sulle leggi regionali²⁷ e malamente esteso, in nome di una discutibile (ma, in realtà, insussistente) analogia, anche al caso inverso (di impugnazioni da parte delle Regioni di leggi statali)²⁸, ha resistito alla modifica del regime di controllo avutasi con la riscrittura del Titolo V²⁹.

Riguardata questa vicenda dal punto di vista dell'integrazione sovranazionale, si ha conferma del fatto che – al di là della qualifica in via generale data dalla stessa Corte della natura dei rapporti interordinamentali, ad oggi connotati nel segno della separazione e del coordinamento assieme, secondo i riparti di competenze e materie fatti nei trattati³⁰ – ogni definizione in un senso o nell'altro sembra invero eccessivamente semplificante e forzosa. Già solo facendo riferimento alla circostanza che la Corte ora escluda ed ora invece rivendichi la propria cognizione in merito alle antinomie in discorso, si ha un buon argomento in avverso sia della tesi della integrazione degli ordinamenti e sia pure della tesi della separazione. È chiaro che la prima viene ad essere maggiormente sottolineata dal riconoscimento della competenza dei giudici comuni (e, in genere, di ogni operatore) a definire i casi di "anticomunitarietà", mentre laddove ci si debba rivolgere al giudice delle leggi emergono con maggior nitore i tratti di separazione degli ordinamenti. E, tuttavia, tutto questo è vero solo fino ad un certo punto, da un certo punto di vista. Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui, a seconda degli itinerari intrapresi dalle singole questioni, i tratti di integrazione ovvero quelli di separazione possono risultare ora più ed ora meno evidenti; e, per avvedersene, basti solo considerare che, con l'eventuale chiamata in campo della Corte di giustizia a mezzo del rinvio pregiudiziale, possono aversi esiti ricostruttivi caratterizzati in modo marcato sotto il segno della integrazione, pur laddove la vicenda processuale quindi si volga verso il giudice delle leggi, chiudendosi presso quest'ultimo³¹.

sovranazionale, non disponendosi in tal caso – come si sa – di risorse processuali idonee a far entrare in campo il giudice delle leggi, a meno che non si pensi che, nuovamente, non possa che essere il giudice a creare la norma del caso, estraendola dalla fonte eurounitaria... Un'ultima notazione sul punto (e con riserva di approfondimenti altrove). La decisione di accoglimento "secco" della legge incompatibile con la direttiva potrebbe spianare la via ad uno di quei casi di conflitti tra giudicati, dei quali si dirà tra non molto, qualora la Corte dell'Unione dovesse giudicare inadeguata la soluzione data al caso dalla Corte costituzionale. Solo che non sembra che sia affare del giudice eurounitario dire se avrebbe potuto (o no) farsi luogo ad una pronunzia additiva, nella specie non adottata; e, ancora, in caso dovesse invece essere adottata un'additiva di principio, se avrebbe piuttosto dovuto farsi luogo ad un'additiva di regola. Di certo, ad ogni buon conto, è che il giudice dell'Unione può acclarare qualunque forma di inadempimento, totale o parziale, rispetto al diritto dell'Unione stessa.

²⁶ V., in partic., sent. n. 286 del 1986.

²⁷ Sent. n. 384 del 1994 e succ.

²⁸ Sentt. nn. 94, 482 e 520 del 1995.

²⁹ Su tutti i casi ora richiamati un quadro di sintesi può, volendo, vedersi nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., p. 217 ss., spec. p. 224 ss.

³⁰ Resiste, infatti, l'inquadramento dei rapporti tra Stato ed Unione fatto nella sent. n. 170 del 1984 e posto a base della svolta giurisprudenziale da essa inaugurata, con l'importante correttivo però, presente nella giurisprudenza più recente, costituito dal riferimento al carattere "integrato" degli ordinamenti: così, ad es. (e non casualmente, come si dirà a momenti), nell'ord. n. 103 del 2008, con cui – come si sa – la Corte ha per la prima volta riconosciuto a se stessa l'abilitazione ad attivare il meccanismo del rinvio pregiudiziale.

³¹ Si pensi ai casi di doppia pregiudizialità, comunitaria e costituzionale: in prima battuta, protagonisti della scena sono i giudici comuni, ai quali quindi subentra la Corte di giustizia; a seconda della risposta data da quest'ultima, potrebbe inoltre aversi ovvero non aversi la discesa in campo della Corte costituzionale.

Con l'ultima fase, inaugurata dalla svolta del 2008 con cui la nostra Corte, rispondendo ad una pressante sollecitazione venuta da molte parti³², ha finalmente riconosciuto a se stessa la qualità di giudice ai fini del rinvio pregiudiziale, si è data un'ulteriore, vigorosa spinta all'integrazione³³. E ciò, malgrado il nuovo indirizzo – si è fatto da più d'uno notare – risulti gravato da remore non rimosse, specie per ciò che concerne la delimitazione dell'area entro cui la Corte ritiene che lo strumento del rinvio possa essere utilizzato, ristretta (ad oggi...) ai soli giudizi in via principale, laddove si è opportunamente osservato che, quanto meno in occasione dell'esercizio delle altre competenze della Corte (ma, per molti, degli stessi giudizi sulle leggi in via incidentale), potrebbe farsi ugualmente questione di un rinvio al giudice comunitario da parte del giudice costituzionale.

Il punto – a me pare – non può dirsi una volta per tutte fissato; ed un'ulteriore evoluzione della giurisprudenza potrebbe aversi anche tra non molto, specie dopo Lisbona.

Quel che, nondimeno, importa ora rilevare è che, ulteriormente arricchendosi l'arena dei protagonisti del rinvio e, segnatamente, con l'ingresso nella stessa del giudice costituzionale, per un verso, si offre l'opportunità alla Corte dell'Unione di intensificare la propria opera al servizio del diritto dell'Unione stessa, spianando la via a sue applicazioni (per quanto possibile) uniformi, e, per un altro verso, si dà modo ad una voce particolarmente autorevole, quella della Consulta, di rappresentare al giudice sovranazionale le letture più adeguate (e costituzionalmente orientate) delle discipline di diritto interno. E così, la Costituzione, pur alle volte restando nell'ombra (i soli dati normativi richiamati essendo quelli delle leggi e delle norme eurounitarie), ha tuttavia la possibilità di farsi ugualmente sentire dalla Corte di Lussemburgo e, per ciò stesso, in varia misura di influenzarne le risposte.

Per come infatti io vedo le cose, i tratti d'integrazione si apprezzano non tanto (o non soltanto) in ragione dei meccanismi utilizzati, quanto (e soprattutto) per il modo con cui l'una giurisprudenza si dispone ad alimentare (ed effettivamente in cospicua misura alimenta) l'altra o le altre: si hanno, insomma, in occasione dei travasi di indirizzi, specificamente sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali, da un ordinamento all'altro. E a questo fine il “dialogo” diretto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia è di estremo rilievo, ai suoi esiti potendo quindi variamente attingere la stessa giurisprudenza comune, così come, d'altro canto, quest'ultima circolarmente concorre alla formazione degli indirizzi suddetti.

3. La consistenza dell'integrazione e le forme del suo apprezzamento in prospettiva assiologico-sostanziale, ovvero la conversione dei “controlimiti” da frontiera invalicabile dal diritto sovranazionale a fattore e motore dell'integrazione

La consistenza della integrazione si coglie, poi, a mia opinione, nel modo più eloquente in occasione dell'eventuale coinvolgimento dei principi fondanti sia dell'uno che dell'altro ordinamento, rendendosi perciò apprezzabile in prospettiva assiologico-sostanziale³⁴.

Torna a tal proposito in rilievo la vessata questione teorica riguardante l'attivazione dell'arma dei “controlimiti” a fronte di discipline sovranazionali potenzialmente con essi confliggenti.

Se n'è abbondantemente discusso sotto varî punti di vista; due, nondimeno, quelli che preme qui specificamente toccare.

Il primo è dato dalla constatazione, già peraltro in molte sedi e variamente fatta, secondo cui dei conflitti in parola non si è ad oggi, che pure l'integrazione è fortemente avanzata, avuta traccia, quanto

³² Ricordo come pressoché corale e pressante l'invito in tal senso venuto in occasione di un incontro di studio svoltosi il 20 aprile 2007 presso la Consulta su *Diritto comunitario e diritto interno*, i cui *Atti* sono stati editi dalla Giuffrè nel 2008 (ma sul punto la letteratura è davvero imponente).

³³ ... a dimostrazione del fatto che la chiamata in campo della Corte costituzionale, che pure – come si è appena rilevato – sembra di per sé espressiva di separazione, può commutarsi in ulteriore, marcato tratto di integrazione, a doppio senso: ancora più vigorosa, per un verso, essendo l'influenza esercitata dal giudice costituzionale rispetto al giudice comune nei riguardi del giudice dell'Unione e parimenti rilevante, per un altro verso, potendo risultare la risposta del giudice sovranazionale sia per gli ulteriori sviluppi della giurisprudenza costituzionale che per quelli della giurisprudenza comune (v., infatti, quanto se ne dice subito di seguito nel testo).

³⁴ D'altro canto, così come l'identità e la continuità di un ordinamento nel tempo si misurano – secondo la più accreditata dottrina – sul terreno dei valori, ugualmente le relazioni tra ordinamenti, specie laddove l'uno tenda ad integrarsi nell'altro, hanno proprio nei valori stessi il loro sicuro, stabile punto di riferimento.

meno nelle esperienze della nostra giustizia costituzionale³⁵: causa ed effetto allo stesso tempo dell'integrazione medesima, nel senso cioè che quest'ultima si alimenta e riceve particolarmente espressiva testimonianza dal mancato utilizzo dell'arma suddetta.

Il punto sarà, sotto altro aspetto, ripreso anche più avanti, in occasione dell'esame della spinosa questione relativa ad eventuali conflitti tra giudicati prodotti da pronunzie della Corte di giustizia e della Corte costituzionale. Già però il solo fatto che i "controlimiti" non abbiano fin qui avuto modo di farsi espressamente valere è particolarmente indicativo di un indirizzo conciliante di politica giurisprudenziale delle relazioni interordinamentali, alla cui affermazione hanno in eguale misura concorso i giudici comuni e la Corte costituzionale³⁶, senza peraltro tacere il ruolo di prima grandezza che è al riguardo da riconoscere sia al legislatore che al giudice dell'Unione, col fatto stesso di dotare i propri atti di contenuti non frontalmente urtanti coi principi-valori di base dell'ordinamento interno. Ancora di più, poi, questa eventualità dovrebbe essere scongiurata a seguito della "europeizzazione" dei "controlimiti", come si è ritenuta di chiamarla altrove³⁷, ora sancita dal Trattato di Lisbona (art. 4, cit.): una risorsa in più, come si vede, suscettibile di essere sfruttata al meglio. La qual cosa può, a mia opinione, aversi essenzialmente in due modi: vuoi prevenendo eventuali azioni in ambito interno a presidio dei "controlimiti", attraverso la presentazione di istanze al giudice eurounitario affinché dichiarati la violazione del cit. art. 4 operata da atti dell'Unione considerati lesivi dell'"identità costituzionale" dello Stato³⁸, e vuoi in occasione di pronunzie della Corte dell'Unione con le quali, richiamandosi le "tradizioni costituzionali comuni" e/o la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)³⁹, si accerti l'invalidità di atti dell'Unione⁴⁰. La violazione dei "controlimiti", insomma, verrebbe assorbita da (e convertita in) violazione di uno dei

³⁵ Più avanti, sarà poi richiamato un caso, che ha avuto per protagonista un giudice diverso dalla Corte, pur se sollecitato da una pronunzia della Corte stessa.

³⁶ I contrasti, per vero, si saranno anche avuti; ma, la circostanza per cui non siano stati denunciati dalla magistratura di merito e quindi rilevati dalla magistratura costituzionale sta a dimostrare che si è riusciti abilmente a tenerli sotto traccia, a camuffarli, ovvero sia che non erano comunque tali da mettere con le spalle al muro gli operatori di giustizia di diritto interno.

³⁷ In questi termini se ne discorre nel mio *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006, p. 827 ss.

³⁸ Non è, nondimeno, da escludere che proprio in circostanze siffatte possano aversi quei conflitti tra giudicati, cui si è appena fatto cenno e dei quali si dirà più estesamente in seguito, nulla infatti opponendosi a che il medesimo atto sia congiuntamente impugnato davanti ad entrambe le Corti, che emettano quindi verdetti di opposto segno. E, nuovamente, proprio su questo terreno può rivelarsi fecondo il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale da parte del giudice costituzionale. Il sistema delle garanzie si presenta invece lacunoso con riguardo al caso di ricorso presentato davanti al solo giudice dell'Unione, chiamato a pronunziarsi sulla violazione di un principio dell'Unione che in tutto e per tutto dipende dalla violazione di un principio dello Stato, senza che però il giudice stesso disponga del potere di rivolgersi ufficialmente ad autorità nazionali per avere lumi al riguardo (e poi: a quale autorità? Viene da pensare, alla Corte costituzionale, per quanto quest'ultima non abbia di certo il monopolio dell'interpretazione costituzionale). Nondimeno, è chiaro che il giudice eurounitario nulla può dire senza aver previamente attinto, a piene mani, alla giurisprudenza nazionale. Si faccia caso alla differenza: altro è l'elaborazione delle "tradizioni costituzionali comuni", impossibile ad esser demandata ad un solo tribunale costituzionale e perciò bisognosa di aversi in ambito sovranazionale, ed altra cosa la definizione di ciò che, tipicamente ed esclusivamente, fa l'"identità costituzionale" di uno Stato, che non può che venire dallo Stato stesso. Escludo, per ragioni di tutta evidenza, che possa un domani introdursi una sorta di *rinvio pregiudiziale discendente* (a riguardo del quale, di recente, A. RANDAZZO, *I controlimiti al primato del diritto comunitario*, cit.), che porterebbe la Corte dell'Unione a doversi *giuridicamente* piegare alle Corti nazionali; mi pare però inevitabile sin da ora (e ancora di più per l'avvenire), in circostanze in cui sia in gioco l'identità dei singoli Stati, l'assoggettamento *culturale* della prima alle seconde. Non è, però, di secondario rilievo il fatto che manchi (e, verosimilmente, mancherà) il raccordo formale; ciò che dà (e darà) modo alla giurisprudenza sovranazionale di selezionare accuratamente i precedenti giurisprudenziali di diritto interno cui far capo per risolvere i casi, con la stessa consumata abilità con cui ha fin qui attinto ai serbatoi costituzionali nazionali in sede di definizione delle "tradizioni comuni".

³⁹ Esigui – come si è da molti fatto notare – gli espliciti richiami alle tradizioni comuni nella giurisprudenza di Lussemburgo (ma v., ancora di recente, Corte giust. 19 gennaio 2010, in causa C-555/07, *Kūkiikdeve*), a fronte dei numerosi riferimenti alla giurisprudenza di Strasburgo; e, viene da pensare, ancora di più ciò si avrà per effetto dell'entrata in vigore della Carta di Nizza (con gli adattamenti avuti nel 2007), che delle tradizioni stesse aspira a dare quanto più possibile fedele rappresentazione. E, tuttavia, non si trascurino almeno tre cose. La prima (e più rilevante) è che, al di là degli espliciti richiami, le tradizioni in parola alimentano in modo incessante, seppur per via sotterranea, la giurisprudenza eurounitaria (e la stessa giurisprudenza "convenzionale"). La seconda è che le tradizioni hanno comunque modo di farsi valere a Lussemburgo, seppur per la via traversa del riferimento alla giurisprudenza "convenzionale", che alle stesse largamente (pur se in modo inespresso) fa capo. La terza è che la Carta di Nizza, per un verso, ha – come si sa – avuto modo di farsi sentire nelle aule di giustizia già prima della sua formale ricezione, mentre, per un altro verso, come pure si è rammentato, dichiara di poter valere unicamente se (e fino a quando) appaia idonea a dar voce alle tradizioni in parola o risulti, come che sia, con esse in armonia.

⁴⁰ Ovviamente, può anche darsi il caso (di cui è, anzi, auspicabile che si abbia frequente riscontro) che l'atto sovranazionale sia oggetto di interpretazione conforme a "tradizione costituzionale" o a CEDU e, pertanto, per questa via fatto salvo, seppur alle volte col costo (quale, peraltro, si ha non di rado anche nelle esperienze di diritto interno) della sua sostanziale manipolazione.

parametri suddetti o, magari, congiuntamente di entrambi. Una soluzione, questa seconda, che parrebbe esser maggiormente attendibile della prima e che, ad ogni buon conto, risulta avvalorata dal fatto che già al presente i richiami fatti dalla Corte di Strasburgo sono in netta prevalenza a quella di Lussemburgo, piuttosto che alle Corti nazionali⁴¹.

Lo scopo – come si vede – sarebbe ugualmente raggiunto ma l’“identità costituzionale”, nella sua densa, assiologicamente qualificata, accezione, perderebbe visibilità⁴². Ciò che nondimeno maggiormente importa è che l’integrazione non solo non risulterebbe ostacolata ma, anzi, sollecitata ad ulteriori avanzamenti, per effetto della convergente tutela apprestata ai diritti da tutte le Corti.

L’“europeizzazione” dei “controlimiti”, poi, verosimilmente obbligherà in modo crescente la Corte dell’Unione a far luogo a delicati bilanciamenti di ordine assiologico tra il principio del riconoscimento dell’identità nazionale ed altri principi ugualmente fondamentali (o, come si preferisce dire in ambiente sovranazionale, “generali”) dell’Unione stessa. Per quanto il loro conseguimento non risulti affatto agevole, la circostanza per cui a Lussemburgo si mostri una certa attenzione nei riguardi delle Corti nazionali, ad oggi maggiore di quella esibita dalla Corte di Strasburgo⁴³, è di non poco incoraggiamento per ciò che concerne gli esiti dei bilanciamenti stessi, ricercandosi in essi forme d’incontro sostanziale, non effimero, e di vera e propria immedesimazione tra le due identità suddette.

Come si vedrà di qui ad un momento, uguale è la “logica” che presiede (o, meglio, che *dovrebbe* presiedere) alle combinazioni di ordine assiologico in ambito interno, laddove il principio dell’apertura sovranazionale, sancito nell’art. 11 Cost. può trovarsi occasionalmente in conflitto con altri principi ugualmente fondamentali; e, nuovamente, si tratta di ricercare soluzioni per quanto possibile concilianti o, come che sia, comportanti il costo minore per l’intero patrimonio assiologico che connota l’identità dello Stato.

Si tocca così il secondo punto. E non posso qui tacere, ancora una volta dopo averne detto ripetutamente altrove⁴⁴, di considerare singolare la circostanza per cui la giurisprudenza costituzionale e i suoi benevoli *laudatores* non abbiano giudicato (e seguitino a non giudicare) afflitta da una contraddizione interna insanabile la nozione stessa di “controlimite”, nelle sue applicazioni ad un ordinamento che nella sua interezza gode della “copertura” offerta da un principio fondamentale dell’ordinamento. Non è, insomma, teoricamente carente la categoria in sé; lo è in quanto collegata al riconoscimento, per come è usualmente inteso, della “copertura” di cui il diritto dell’Unione, in ciascuna delle sue manifestazioni, beneficerebbe da parte di un principio fondamentale di diritto interno.

Come mi affanno a dire da tempo, non è infatti pensabile che un principio fondamentale, *quale che sia*, receda *per sistema* davanti ad altri principi parimenti fondamentali; il che, in realtà, equivarrebbe a negare la “fondamentalità” del principio fondamentale soccombente.

⁴¹ I rapporti tra le due Corti europee hanno costituito oggetto di un costante monitoraggio da parte di numerosa dottrina: informazioni, tra gli altri, in G. DEMURO, *I rapporti fra Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, 2003, p. 39 ss.; S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005 (ed *ivi*, dello stesso curatore, l’ampio studio dall’omonimo titolo, spec. p. 42 ss., nonché L.M. DíEZ-PICAZO, *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, p. 267 ss. e G. REPETTO, *I rapporti tra Corti europee e le prospettive dell’adesione dell’Unione europea alla CEDU*, p. 287 ss.); M.E. GENNUSA, *La Cedu e l’Unione Europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 91 ss.; V. SCARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, spec. p. 293 ss.; D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit.

⁴² Il rischio – come si viene dicendo – è che le Corti nazionali possano restare emarginate e declassate nel loro ruolo tipicamente “costituzionale”, a garanzia dei diritti, ove non riescano a farsi *culturalmente* valere. Ciò che può, appunto, aversi unicamente per effetto di una sana competizione, che veda le Corti stesse giocare al rialzo, in vista dell’appagamento più intenso, alle condizioni complessive di contesto, dei diritti.

⁴³ Offrono una chiara rappresentazione di questo stato di cose gli studi di O. POLLICINO, che ha insistito sul punto a più riprese (e, partic., in *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *DUE*, 2009, p. 1 ss. e, da ultimo, in *I rapporti tra Corti in uno scenario ancora più complesso ed articolato dopo Lisbona*, in www.diritticomparati.it, nonché in O. POLLICINO, V. SCARABBA, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, spec. al par. 2.8.1, *ma passim*), spingendosi fino al punto di discorrere di una crescente “aggressività” della Corte EDU nei riguardi delle Corti nazionali.

⁴⁴ Ad es., in *Dimensione europea*, cit.

La teorizzazione fatta dalla nostra giurisprudenza ed ormai stabilmente radicata in dottrina dà pertanto luogo ad un'aporia insuperabile, al piano delle esperienze della normazione come pure a quello delle esperienze della giustizia costituzionale.

All'uno, dal momento che – riconosciuta, in tesi, la “copertura” a vantaggio del diritto sovranazionale da parte di un principio fondamentale – il diritto stesso dovrebbe considerarsi praticamente irremovibile da parte di qualsivoglia atto interno, fosse anche una legge costituzionale⁴⁵. Considerandosi, di contro, la rimozione possibile, risulterebbe a dir poco imperfetta (ma – di più – incomprensibile) la rilevata “copertura” offerta da un principio fondamentale. Nella prima evenienza, le norme dell'Unione acquisterebbero, in fatto e in diritto, la natura (e la forza) che è propria di ogni manifestazione di potere costituente, ma solo... *a metà* (quanto alla forza passiva). In tal modo, ciò che è in sé, nell'ordinamento di appartenenza, espressione di *potere costituito* si commuterebbe, una volta avuto ingresso nell'ordine interno, in un *potere costituente permanente*. La qual cosa, peraltro, si faticerebbe non poco a spiegare anche dal punto di vista della teoria (o, diciamo meglio, di una *certa* teoria) delle fonti, non comprendendosi come possa una norma di diritto interno – e i principi fondamentali sono essi pure norme – cedere la sua stessa forza (pur se solo nella sua proiezione passiva) ad altra norma⁴⁶, nondimeno stranamente obbligata a prestare ossequio ad altre norme interne provviste della *medesima* natura (e forza) di quella di “copertura” (ai “controlimiti”, appunto).

Come si vede, non se ne viene a capo, seguitando a restare al piano della teoria delle fonti e delle sistemazioni da questa fatte ricorrendo alle usuali categorie d'inquadramento.

All'altro piano, poi, ugualmente misteriosa appare essere la ragione per cui, in sede di bilanciamenti su basi di valore, il giudice nazionale debba *in ogni caso* dare la precedenza ad un principio fondamentale rispetto ad un altro. Le gerarchie su basi di valore sono – come si sa – alle volte fatte dalla stessa Carta laddove, enunciando un valore, fa allo stesso tempo richiamo ad altro valore cui il primo è obbligato a prestare ossequio. Ed allora l'unico modo per dare un senso alla teoria dei “controlimiti” sarebbe quello di ritenere che la “copertura” al diritto dell'Unione sarebbe *parziale* o, diciamo meglio, *condizionata* – *per volontà dello stesso art. 11* – alla acclarata coerenza del diritto stesso nei riguardi dei principi di base dell'ordine interno. Il che però varrebbe come dire che, a seconda dei punti di vista, il valore della pace e della giustizia tra le Nazioni sta *sotto* ogni altro e, però, anche... *sopra*, il perdurante e pieno vigore di *ogni* principio diverso da quello della pace dipendendo dal riconoscimento della sua intangibilità una volta per tutte fatto nello stesso art. 11: gli altri principi, insomma, avrebbero bisogno di tenersi costantemente e saldamente dall'art. 11, così innaturalmente commutato nell'unica, vera *Grundnorm* e nell'unico, vero *Grundwert* assieme delle relazioni interordinamentali!

Non insisto oltre sul punto, come dicevo già in altre sedi toccato. Mi limito solo a richiamare quella che ai miei occhi appare la via giusta da battere al fine di mantenere in equilibrio *l'identità costituzionale* e *l'identità europea*, rifuggendo pertanto da ogni forma di gerarchizzazione comunque ripugnante alla prospettiva della congiunta, armonica coesistenza di due Costituzioni, quella nazionale e quella europea ad oggi in formazione (e, per ciò pure, delle loro Corti⁴⁷).

La soluzione da me patrocinata è dunque nel senso di ricercare, di volta in volta, la soluzione maggiormente conciliante tra le istanze riconducibili all'una e quelle riportabili all'altra identità, attraverso la sperimentata tecnica del bilanciamento, non antepoendo né posponendo *a priori* il principio della pace ai principi fondamentali restanti, senza peraltro trascurare l'evenienza, nient'affatto remota, che una norma dell'Unione possa risultare “coperta” da altri principi fondamentali (ad es., con

⁴⁵ Ovviamente, si muove qui dalla premessa che i principi fondamentali siano limite alla revisione costituzionale; in altri luoghi di riflessione scientifica, poi, mi sono sforzato di mostrare che questo non è del tutto vero, le innovazioni ai principi essendo precluse laddove ridondino in incisioni di valori fondamentali ed essendo invece ammesse (ed anzi sollecitate a formarsi) laddove ancora di più valorizzino i valori. Nel testo si fa, com'è chiaro, riferimento alle sole modifiche della prima specie.

⁴⁶ Faccio mio, sul punto, l'aureo insegnamento crisafulliano secondo cui nessuna fonte può istituire fonti concorrenziali a se stessa, meno che mai – aggiungerei – i principi fondamentali, che verrebbero in tal modo a disperdere proprio il connotato, in modo esclusivo ed identificante posseduto, della “fondamentalità”.

⁴⁷ Ovviamente, si dà qui una rappresentazione del quadro assai semplificata; non si trascuri, infatti, il “dialogo”, di cui si avverte un disperato bisogno, tra le stesse Corti costituzionali degli Stati membri, nonché di esse coi giudici comuni, da un canto, con la Corte EDU, dall'altro, cui pure si è già fatto cenno e di cui pure si dirà, per taluni aspetti, più avanti (sull'importanza del “dialogo” tra le Corti di diversi Paesi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in RTDP, 2006, p. 297 ss. e M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei “nuovi diritti”*, in *QuadCost.*, 2009, p. 537 ss., la quale ultima nondimeno avverte delle “insidie” nascoste nella comparazione).

riguardo ai diritti fondamentali, dagli artt. 2 e 3 Cost.), così come – si faceva dianzi notare – una norma interna essere protetta dallo stesso principio della pace. Né infine è da scartare l'ipotesi che entrambe le norme in campo si facciano riportare ad un medesimo principio (e proprio le vicende relative ai diritti potrebbero esserne frequentemente riguardate, a motivo della formidabile capacità di accoglienza espressa dall'art. 2, nel suo fare “sistema” con l'art. 3⁴⁸). Con il che l'antinomia si tradurrebbe in un conflitto di un valore fondamentale con... *se stesso*, bisognoso di essere ripianato a mezzo di un uso ragionevole della... *ragionevolezza*, secondo il caso⁴⁹.

La conclusione sul punto è che il primato del diritto eurounitario non necessariamente incontra lungo il proprio cammino l'ostacolo dei “controlimiti”, categoria teoricamente gracile e praticamente inconsistente, inidonea a farsi valere, perlomeno coi connotati e le complessive movenze che le sono comunemente riconosciuti. E però, per compenso, potrebbe ugualmente trovarsi obbligato ad occasionali ripiegamenti, in ragione dei casi e delle combinazioni di valore dagli stessi sollecitate a formarsi. Ciò che solo può dirsi è che il diritto sovranazionale può rivendicare per sé la presunzione (che, nondimeno, ammette la prova contraria) di godere di una “copertura” assiologica di cui è *ordinariamente o tendenzialmente* privo il diritto interno⁵⁰: per farsi valere, le norme interne devono infatti esibire la prova di porsi *in via diretta, immediata e necessaria* al servizio di valori fondamentali dell'ordinamento preminenti in ragione delle pretese del caso. La qual cosa – come ben si vede – non è di pronto e diffuso riscontro. Nessuna evenienza può tuttavia essere – come si è venuti dicendo – in partenza scartata, la ricomposizione delle norme in sistema restando, come di consueto, demandata in ultima istanza alla responsabilità ed alla sensibilità dei giudici, per le esigenze dell'applicazione⁵¹. Se ne ha che nessuno può dire in astratto o *in vitro* che l'antinomia tra una norma interna ed una sovranazionale porterà all'accantonamento della prima ovvero della seconda (in nome dei “controlimiti”), solo *in vivo*, nel (e per il) caso, potendosi dare la risposta che il caso stesso si attende⁵². È, nondimeno, certo che occorre produrre ogni sforzo per ripianare in sede interpretativa (e fin dove possibile) lo scontro, secondo quanto peraltro vigorosamente incoraggiato dalla giurisprudenza in tema d'interpretazione conforme. La qual cosa può, a mio modo di vedere, prendere corpo e farsi nel modo migliore apprezzare, considerandosi la “copertura” offerta dai principi fondamentali di questo o quell'ordinamento (dell'art. 11 Cost. nei riguardi del diritto dell'Unione e dell'art. 4 del Trattato sull'Unione europea nei riguardi degli ordinamenti nazionali) come volta ad alimentare, in modo costante e cospicuo, un “preorientamento” assiologico illuminato da quello che potrebbe chiamarsi il “superprincipio” o il principio-guida delle relazioni interordinamentali, il *principio dell'accoglienza o dell'“apertura”*, non riduttivamente però inteso quale mero rispetto (o “tolleranza”⁵³) verso ciò che è “altro” da sé ma, ancora più intensamente, quale riconoscimento dell'attitudine dell'“altro” a concorrere a fare ed a rigenerare senza sosta la *propria* identità⁵⁴. Si coglie in tal modo il senso profondo, genuino,

⁴⁸ Una densa riflessione teorica circa le mutue implicazioni sussistenti tra i due principi in parola può ora vedersi in G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

⁴⁹ Soccorre, a questo riguardo, proprio il “dialogo” tra le Corti quale fattore di stabilizzazione dei bilanciamenti secondo valore, in virtù degli incessanti e cospicui richiami fatti da una giurisprudenza all'altra, secondo quanto si tenterà di precisare ancora meglio più avanti.

⁵⁰ È questa infatti – a me pare – la soglia massima oltre la quale non è possibile spingersi oltre a salvaguardia del primato, se non col costo di vedere – come si diceva – smarrita l'identità nazionale.

⁵¹ Non si perda, comunque, di vista che – come si accennava poc'anzi e si vedrà meglio a breve – i verdetti dei nostri giudici, Corte costituzionale inclusa, potrebbero essere quindi portati alla cognizione dei giudici europei (Corte di giustizia e Corte EDU), restando così la partita aperta ad ulteriori, imprevedibili esiti.

⁵² È, in fondo, quanto la stessa Corte costituzionale ha affermato in relazione ai conflitti tra norme interne e CEDU, dei quali si dirà subito appresso, nel momento in cui ha considerato possibile che le prime siano talora sgravate dell'obbligo di prestare osservanza alla seconda, in quanto strumentali alla salvaguardia di beni costituzionali preminenti in sede di bilanciamento.

⁵³ Da noi, ne ha specificamente trattato O. POLLICINO, in più scritti (tra cui, in aggiunta a quelli dietro richiamati, *Tolleranza costituzionale, controlimiti e codificazione del primato del diritto comunitario: forse qualcosa è cambiato*, in www.forumcostituzionale.it).

⁵⁴ Riprendo ora, con ulteriori svolgimenti, un'indicazione presente nei miei *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2009 e *Dimensione europea*, cit.

È, poi, appena il caso di segnalare che è fuori della prospettiva qui accolta ogni ricostruzione dei rapporti interordinamentali ispirata a logica dualista. Diciamo meglio, anticipando sin d'ora un concetto che sarà meglio precisato a breve, trattando dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e, segnatamente, diritto convenzionale: indipendentemente dal modo con cui le norme di origine esterna si immettono nell'ordine interno e dal “posto” che si consideri loro proprio, al piano del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali (e, ancora più largamente, dei valori fondamentali) l'integrazione è un fatto dovuto, frutto di un paritario confronto dei

della formula che vuole l'Europa in formazione “unita nella diversità”, così come, dal canto loro, gli Stati non possono che essere – per indeclinabile vocazione costituzionale – “diversi nella unità”⁵⁵.

4. La svolta della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra Costituzione e CEDU conseguente alla riforma del Titolo V: una rilettura critica, con specifico riguardo al caso (eccezionale) in cui si vorrebbe chiamato il giudice delle leggi a dichiarare l'invalidità di norma convenzionale incompatibile con la Costituzione, laddove potrebbe prospettarsi l'accertamento della “irrelevanza” della norma rispetto al caso stesso (è, però, da chiedersi se e quando possano davvero darsi antinomie reali tra Convenzione e Costituzione, stante la volontà dichiarata dalla prima di essere applicata unicamente ai casi in cui offra una maggiore tutela ai diritti di quella data dalla seconda)

È proprio questo il terreno più fertile sul quale la nostra Corte è chiamata a coltivare ed a far crescere, col fattivo concorso dei giudici comuni, anche le relazioni con la Corte EDU. Purtroppo, ad oggi si fatica a prendere consapevolezza che questa sia la via giusta da battere al fine di dar vita a pratiche giurisprudenziali animate dal concorso paritario delle Corti ed ispirate al principio dell'appagamento, il più intenso possibile, dei diritti. È singolare il fatto che, avuto specifico riguardo al servizio che tutti i giudici possono (e devono) offrire ai diritti, non si sfruttino allo scopo proprio quelle che sono le più preziose risorse apprestate dagli ordinamenti, saldamente legando la CEDU (e le Carte dei diritti in genere) alle norme emblematicamente espressive di valori, nel loro armonico comporsi in “sistema” (e, dunque, da noi, ai principi di cui agli artt. 2, 3, 10 ed 11 Cost.)⁵⁶.

Diciamo le cose come stanno. La giurisprudenza costituzionale in fatto di rapporti tra CEDU e Costituzione (e ordinamento interno in genere), pur esibendo – a mio modo di vedere – talune perduranti, non lievi oscillazioni ed anche qualche vistosa contraddizione, appare complessivamente, marcatamente orientata nel senso di ricondurre e far assorbire i rapporti stessi entro l'ampio contenitore in cui, in modo indistinto, trovano alloggio le relazioni tra diritto interno e diritto internazionale. La prospettiva è, insomma, quella della teoria delle fonti, diciamo meglio: di una certa teoria delle fonti, di stampo prevalentemente formale-astratto, pur se non del tutto scevra di una qualche connotazione assiologico-sostanziale⁵⁷. Una prospettiva che, nondimeno, nel suo insieme non consente di cogliere i tratti più genuinamente ed immediatamente espressivi della CEDU e delle Carte dei diritti in genere, che possono, sì, per taluni aspetti, essere riviste secondo la “logica” tradizionale con cui si è soliti riguardare al diritto internazionale pattizio⁵⁸ ma che pure, esibendo connotati loro propri,

materiali normativi in campo e – fin dove possibile – della loro stessa, mutua compenetrazione, specificamente apprezzabile nel corso delle esperienze dell'interpretazione-applicazione ad opera dei giudici.

⁵⁵ Sul primo sintagma richiamo qui, per tutti, M. CARTABIA, “Unita nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino, 2006, p. 185 ss.

⁵⁶ Particolarmente nutrita – come si sa – la schiera degli autori che aggancia la CEDU (e altre Carte) all'art. 2 (riferimenti, per tutti, in G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di “copertura” costituzionale “a più facce”*, in PD, 1997, p. 349 ss. e R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007).

⁵⁷ Il “posto” mediano assegnato alla Convenzione tra Costituzione e legge, nel senso che si preciserà a momenti, avvalorata la qualifica data nel testo. Ed è bensì vero che, riprendendo e svolgendo uno spunto già presente nella prima delle sentenze “gemelle” del 2007, la giurisprudenza di fine anno del 2009 (sentt. nn. 311 e 317) è parsa voler ambientare al piano sostanziale i rapporti tra CEDU e legge (e, a mia opinione, anche tra CEDU e Costituzione), specificamente laddove si è insistito sul criterio della più “intensa” tutela quale fattore di sistemazione delle norme in relazione al caso; e, tuttavia, l'ultima giurisprudenza (sent. n. 93 del 2010) ha tenuto a rimarcare essere comunque subcostituzionale la condizione della CEDU in ambito interno. Come si vede, dominante è la “logica” che sta a base della usuale composizione delle fonti in sistema [su tutto ciò, maggiori ragguagli possono, volendo, aversi dai miei *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, e *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, entrambi in www.forumcostituzionale.it].

⁵⁸ Così, per fare i primi esempi che vengono in mente, non contesto che le Carte in parola, al pari di qualunque trattato, richiedano di esser recepite con le forme dovute al fine di spiegare effetti in ambito interno (contraria un'accreditata ma minoritaria dottrina, che vorrebbe che, a seguito della riscrittura del Titolo V, l'obbligo di osservanza dei trattati si produca già con la formazione dei trattati in seno all'ordinamento di appartenenza; in ogni caso, come si vede, anche secondo questa ricostruzione, non si darebbe differenza tra le Carte e i restanti documenti internazionali).

richiedono di ricevere una sistemazione adeguata agli stessi, che li metta cioè in evidenza e non già li occulti e mortifichi.

Che alla CEDU sia stato dato lo stesso peso assegnato ai trattati in genere è dimostrato proprio dalla svolta giurisprudenziale avutasi a seguito del rifacimento del Titolo V; non si spiegherebbe altrimenti il mancato riconoscimento, né prima né dopo la riforma costituzionale, di uno statuto speciale alla Convenzione, sfruttando le enormi potenzialità offerte dai principi fondamentali della Carta.

Prima della “novella” del 2001, con la sola eccezione costituita dalla notissima sent. n. 10 del 1993, la CEDU, al pari di ogni altro trattato diverso da quelli comunitari⁵⁹, è stata in tutto e per tutto accostata, nella forme del suo giuridico rilievo interno, alle leggi comuni, ritenendosi di poter fare piana applicazione ai loro rapporti del canone della *lex posterior*. Ed è solo a seguito della “novella” stessa che – come si sa – si è riconosciuta l’intangibilità della Convenzione, pur sempre però nel quadro di un generale riferimento agli obblighi internazionali contratti dallo Stato⁶⁰. Va, dunque, notato che l’evoluzione della giurisprudenza è maturata lungo il crinale tracciato dalla riforma costituzionale del 2001 e che, essendo ancora breve il tempo trascorso da quest’ultima, non si è potuto qui avere, se non in ridotta misura, quell’aggiustamento graduale della giurisprudenza stessa cui si è invece assistito sul fronte dei rapporti con l’Unione europea (su quest’ultimo, peraltro, giustificato dall’assenza, fino alla revisione del 2001, di riferimenti espliciti all’Unione stessa).

I punti salienti della giurisprudenza inaugurata con le famose sentenze “gemelle” del 2007, così come ulteriormente precisata in seguito⁶¹, possono riassumersi nei seguenti: 1) nessuna protezione viene alla CEDU dall’art. 11, che dà “copertura” ai soli trattati comunitari⁶², né da altri principi fondamentali ancora (e, segnatamente, dall’art. 2, nel suo comporsi in sistema con l’art. 3⁶³); 2) l’unica protezione risultando da una “comune” norma costituzionale, introdotta con la revisione del 2001, se ne ha che essa può essere spesa unicamente sul fronte dei rapporti tra la CEDU (*rectius*, la relativa legge di esecuzione) e le leggi ordinarie, statali e regionali, in ragione della qualità della CEDU stessa di fonte “interposta”, non valendo pertanto nei riguardi di eventuali leggi costituzionali sopravvenienti⁶⁴ né considerandosi idonea ad abilitare la CEDU stessa a derogare a qualsivoglia norma costituzionale⁶⁵; 3) prima però di prospettare l’eventuale antinomia tra CEDU e Costituzione, così come tra CEDU e legge interna, è fatto obbligo ai giudici (ed agli operatori in genere) di dar fondo a tutte le risorse disponibili al piano dell’interpretazione, in particolare sperando il tentativo di assegnare alla legge un significato

⁵⁹... come pure dagli accordi con la Chiesa e dai trattati di cui al II c. dell’art. 10 Cost. La differenza poi tra questi ultimi e i primi è data dal fatto che alle norme relative alla condizione giuridica dello straniero è stata riconosciuta forza attiva uguale a quella delle leggi comuni ed una potenziata forza passiva, ammettendosi di contro una forza attiva “paracostituzionale” ai patti con la Chiesa, nonché – come si sa – ai trattati comunitari (ed alle fonti derivate da questi). Temo che in tutto ciò non vi sia molta coerenza.

⁶⁰ Rimane, poi, ad oggi non chiarita la questione se i patti “coperti” dal I c. dell’art. 117 Cost. siano unicamente quelli recepiti con legge, come vorrebbe la più prudente e sensibile dottrina, o altri ancora, come invero parrebbe dalla lettera dell’enunciato costituzionale (sul punto, qui ad ogni buon conto non specificamente interessante, v., per tutti, A. BONOMI, *Il ‘limite’ degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008, nonché A. COSSIRI, *sub art. 117, I c.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario Breve alla Costituzione*², Padova, 2008, p. 1048 ss.).

⁶¹ Mi riferisco, in particolare, alle già richiamate sentt. nn. 311 e 317 del 2009 e 93 del 2010.

⁶² Suona quasi paradossale che la norma, pensata per fini diversi da quelli che stanno a base della nascita delle Comunità prima e dell’Unione poi, sia stata applicata (e seguiti ad esserlo) ad *esclusivo* beneficio di queste ultime, nel mentre non se ne faccia uso proprio per documenti, quale la Convenzione, che, disponendosi al servizio dei diritti, per ciò solo sono altresì al servizio della pace e della giustizia tra le Nazioni.

⁶³ Non risolutiva la circostanza, rilevata tra gli altri da S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *DUDI*, 2/2008, p. 297 ss., secondo cui il mancato riferimento operato dalla giurisprudenza costituzionale nelle pronunzie del 2007 sarebbe dovuto ad un difetto nella formulazione delle questioni da parte delle autorità remittenti. Quando infatti la Corte ha voluto, non si è – come si sa – trattenuta dall’integrare ordinanze oggettivamente lacunose, oltretutto dal darne la retta interpretazione.

⁶⁴ Come si vede, emerge qui prepotentemente lo schema della *gerarchia secondo forma*, prescindendo per intero da diverse sistemazioni in dipendenza dei connotati strutturali-funzionali della fonte convenzionale, per il modo cioè con cui essa può riportarsi (ed effettivamente si riporta) ai valori. L’unica eccezione che la stessa giurisprudenza ammette a siffatto inquadramento riguarda – forse – l’ipotesi di norme convenzionali razionalizzatrici di norme “generalmente riconosciute” della Comunità internazionale. Anche per esse, tuttavia, non è chiarito se possano subire deroghe da parte di leggi costituzionali ovvero se ciò sia impedito dall’acclarata “copertura” offerta dal principio fondamentale di cui al I c. dell’art. 10 Cost., in merito al senso complessivo della quale si rinvia alle notazioni dietro svolte a riguardo dell’analoga questione riguardante la “copertura” data alle norme dell’Unione dall’art. 11 Cost.

⁶⁵ Si è tuttavia fatto altrove notare che, a motivo dei suoi contenuti, riferiti ai diritti, è assai remoto il caso che la Convenzione si confronti e, se del caso, si scontri con norme costituzionali inespressive di principi fondamentali.

“convenzionalmente” conforme; 4) la CEDU stessa va, poi, intesa alla luce degli orientamenti manifestati dalla Corte di Strasburgo, insuscettibili di essere piegati o, come che sia, adattati dagli operatori interni alle esigenze dell’applicazione, in forza degli schemi e canoni interpretativi usualmente adottati in ambito nazionale (primo su tutti, quello dell’interpretazione conforme a Costituzione); 5) infine, sospettandosi l’incompatibilità della CEDU rispetto alla Costituzione, l’operatore – a quanto pare (ma il punto non è, per vero, in tutto chiaro) –, prima di (ed allo scopo di) far luogo all’applicazione della legge con essa incompatibile, è tenuto a rivolgersi al giudice costituzionale affinché si pronunzi sulla questione.

Solo alcuni scarni rilievi, anche al fine di non ripetere qui cose altrove dette, cominciando proprio dall’ultimo punto.

Dalla lettura delle pronunzie ad oggi emesse sulla CEDU rimane il dubbio se la Corte, sollecitata dall’autorità remittente ovvero *motu proprio* decisa a verificare la rispondenza della CEDU stessa a Costituzione e ritenuta che essa faccia difetto, non possa far altro che caducare la legge di esecuzione “nella parte in cui” – ciò che dubito che mai si avrà – ovvero se possa rifugiarsi in una mera dichiarazione di inidoneità della Convenzione ad integrare il parametro costituzionale fungendo – come di consueto – da fonte interposta. Saremmo, in tal caso, in presenza di una sorta di dichiarazione di “irrilevanza” della Convenzione stessa per la definizione del caso, tuttavia valevole *limitatamente* o *relativamente al caso stesso*⁶⁶, similmente a quanto – come si sa – si ha, dopo la sent. n. 170 del 1984, sul fronte dei rapporti col diritto comunitario⁶⁷. Non nascondo qui, dopo averne detto ripetutamente altrove, di considerare quest’ultima soluzione un artificio teorico, che pure ha giovato non poco allo svolgimento delle relazioni con l’Unione (e tra le Corti); una volta però che essa si sia ormai affermata, dando vita ad un “diritto vivente” ormai saldamente accettato, la soluzione stessa potrebbe rendersi ugualmente utile anche sul fronte dei rapporti con l’ordinamento convenzionale, malgrado la diversità dei contesti e della natura delle relazioni interordinamentali ora poste a raffronto. Solo che, a questo punto, ci si potrebbe chiedere perché mai un accertamento siffatto non possa esser demandato ai giudici comuni⁶⁸.

Viene da pensare che la Consulta non si spingerà fino a questo punto⁶⁹; ciò che, in buona sostanza, equivarrebbe al recupero, sia pure limitatamente al caso di norma convenzionale incostituzionale, di quel meccanismo di sindacato diffuso che si è, in via generale, escluso sul terreno dei rapporti tra Convenzione e diritto interno. E, tuttavia, la stessa Corte costituzionale potrebbe riservare a sé quest’accertamento di “irrilevanza” della norma convenzionale in rapporto al caso, senza pertanto far luogo alla soluzione particolarmente dolorosa della caducazione della norma stessa con

⁶⁶ Non si trascuri la circostanza per cui – come ha tenuto a precisare un autorevole studioso e giudice costituzionale (U. DE SIERVO, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, relaz. all’incontro di studio su *Problemi per le Corti nazionali a seguito degli ulteriori sviluppi dell’Unione Europea ed in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in www.cortecostituzionale.it) – la Corte italiana «non rinuncia al dovere di valutare attentamente anche la specificità delle sentenze CEDU a cui si fa riferimento nel giudizio di costituzionalità»; ciò che la porta, non di rado, a concludere per la estraneità rispetto al caso della giurisprudenza europea richiamata dalle autorità remittenti o dalle parti (così, ad es., di recente, nella discussa sent. n. 138 del 2010, relativamente al matrimonio tra soggetti dello stesso sesso, laddove è stato dichiarato il carattere eccentrico del richiamo a taluni disposti della Convenzione ed alla relativa giurisprudenza). Il passo avanti che si chiede ora alla Corte coraggiosamente di fare è di dichiarare ugualmente la “irrilevanza” in rapporto al caso della norma convenzionale evocata in campo, pur laddove la specificità in parola non ricorra e si tratta di risparmiare a tutti il trauma di una caducazione “secca” della norma stessa (ma, su ciò, v. gli ulteriori svolgimenti che subito seguono nel testo).

⁶⁷ Il meccanismo sarebbe, ovviamente, qui rovesciato: al piano dei rapporti col diritto dell’Unione, l’irrilevanza in parola gioca a beneficio del diritto stesso ed a discapito di quello nazionale; qui, sarebbe all’inverso. Chiaramente, poi, se la dichiarazione di irrilevanza fosse opera dei giudici comuni, secondo un’ipotesi subito ragionata nel testo, non potrebbe che possedere effetti ristretti alle parti, laddove, in caso dovesse considerarsi riservata alla Corte costituzionale, risulterebbe dotata di effetti generali, siccome provvista – secondo quanto è proprio delle decisioni della Corte stessa (quanto meno, di quelle di accoglimento: ma, sul punto, anche *infra*) – dell’attitudine ad *universalizzarsi*, vale a dire a trasmettersi per ogni caso a venire identicamente connotato (in senso oggettivo).

⁶⁸ Torna, come si vede, a riaffacciarsi la vessata questione relativa alle responsabilità complessivamente riconoscibili ai giudici comuni in ordine all’applicazione diretta della Convenzione: qui, però, si tratterebbe, ovviamente, di estendere al piano dei rapporti tra CEDU e Costituzione la logica usuale riguardante i rapporti tra CEDU e leggi, allo stesso tempo ribaltandola, vale a dire dando modo agli operatori di giustizia di “non applicare” la norma convenzionale incostituzionale, per “irrilevanza” rispetto al caso.

⁶⁹ ... o, meglio, che non lo farà a breve (non si dimentichi il brusco cambiamento di rotta avutosi, sul fronte dei rapporti col diritto comunitario, per effetto della sentenza dell’84: nulla, insomma, è irreversibile o – peggio – eterno, meno che mai quando si ha a che fare con indirizzi giurisprudenziali, chiamati a misurarsi coi più pressanti e diffusi bisogni).

effetti estesi altresì ad ogni altro possibile caso⁷⁰. Mi parrebbe, questo, insomma, un onorevole compromesso tra l'esigenza di mantenere la linea giurisprudenziale inaugurata dalle sentenze "gemelle" del 2007 (in fatto di sindacato accentrato sulla CEDU) e il bisogno di evitare lo sradicamento dal terreno dell'ordinamento delle norme convenzionali, quale si avrebbe per effetto del loro annullamento, norme che, seppur inadeguate in rapporto a un caso, possono nondimeno prestarsi a sommamente utili applicazioni in casi diversi.

Lascio, nondimeno, la questione aperta ad ulteriori approfondimenti. Posso solo dire, per chiudere sul punto, che la dichiarazione di "irrelevanza", di cui qui si auspica l'introduzione, potrebbe fondarsi sulla *stessa* volontà della Convenzione di entrare in campo unicamente nei casi in cui non soccorrano le garanzie predisposte in ambito interno a beneficio dei diritti. Il che – a conti fatti – vale come dire che, se non sempre, perlomeno nella gran parte dei casi l'antinomia tra CEDU e Costituzione è meramente *apparente*, siccome risultante da una più avanzata o intensa tutela offerta ai diritti dalla fonte interna, tale da non consentire l'operatività della Convenzione, così come dalla stessa prefigurata⁷¹.

5. (Segue) Note critiche al modo con cui la giurisprudenza ricostruisce il fondamento dell'interpretazione conforme e ne prefigura talune sue possibili utilizzazioni (con particolare riguardo alla preclusione fatta agli operatori di discostarsi dalle interpretazioni della Corte EDU)

Quanto, poi, all'altra, vessata questione, concernente l'obbligo della interpretazione delle leggi conforme a Convenzione (e, cioè, a conti fatti, alla giurisprudenza della Corte EDU), occorre muovere dalla premessa secondo cui esso è fatto poggiare sulla qualità posseduta da quest'ultima di fonte "interposta", come tale sovraordinata alle leggi stesse o, come che sia, idonea a condizionarne la validità⁷². Se però la teoria dell'interpretazione è chiamata – come comunemente si pensa – ad

⁷⁰ Non si dimentichi che, per il modo (a mia opinione, improprio: v. il mio *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990) con cui sono comunemente ricostruiti gli effetti delle decisioni di accoglimento, unitamente alla norma specificamente sindacata si ritiene che cada il testo, in *ogni* suo possibile, diverso significato. Nel rinviare agli svolgimenti che sul punto più avanti si faranno, mi limito qui ad invitare a fermare, solo per un momento, l'attenzione sulle negative conseguenze che potrebbero aversi nella malaugurata ipotesi che dovesse essere dichiarata l'incostituzionalità di una norma convenzionale (*rectius*, della relativa legge di esecuzione). Proprio in considerazione di ciò, non sarebbe dunque forse male tornare a ripensare criticamente alla soluzione ormai invalsa in ordine alla efficacia delle pronunzie del giudice delle leggi, a riguardo della quale taluni rilievi saranno fatti anche più avanti.

⁷¹ Ancora prima che la giurisprudenza costituzionale qualificasse come "eccezionale" l'eventualità del contrasto tra CEDU e Costituzione (sent. n. 93 del 2010, cit.), in tal senso si sono dichiarati, tra gli altri, P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in DUDI, 2008, p. 317, e A. SPADARO, *Breve introduzione al "circolo costituzionale": prima la storia fa le "Corti costituzionali" e poi le Corti fanno la "storia costituzionale"*, in C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009, p. 9; in un non dissimile ordine di idee, pure *ivi*, C. SALAZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: "affinità elettive" o "relazioni pericolose"*, pp. 73 s. e 80, a cui opinione l'ipotesi di una dichiarazione d'incostituzionalità di norma CEDU è "improbabile"; "inutile", invece, il giudizio di costituzionalità su norme convenzionali che assicurino una meno intensa tutela ai diritti per M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in DUDI, 2008, p. 362. In realtà, in una congiuntura siffatta, il giudizio (con effetti caducatori) è impossibile, siccome meramente *apparente* è l'antinomia con la Costituzione (di siffatta specie di antinomie si dirà, nondimeno, con maggiore estensione, più avanti). Quella presa ora in esame non è, tuttavia, la sola evenienza possibile: *reali*, in particolare, sono – come si vedrà – le antinomie originate da pronunzie delle Corti europee (per ciò che qui specificamente importa, della Corte EDU) successive e incompatibili rispetto al giudicato costituzionale.

Quanto, poi, all'accertamento di cui si fa parola nel testo, inerendo esso alle condizioni di operatività della Convenzione, risulta – come si viene dicendo – demandato ai giudici comuni, restando riservata – sempre che si voglia tener fermo l'attuale orientamento della giurisprudenza costituzionale – la chiamata in campo della Consulta unicamente con riguardo ai casi di antinomia reale tra Convenzione e Costituzione.

⁷² Reputo oziosa la disputa, in cui parte della dottrina e la stessa giurisprudenza si avvolgono, se la CEDU sia, o no, sovraordinata rispetto alle leggi comuni, rilevando unicamente il fatto che la prima possa esser causa di annullamento delle seconde, per il caso che non vi abbiano prestato osservanza.

Non scavra di una qualche incertezza in ordine alla qualificazione sembra, in particolare, essere la giurisprudenza. Ancora da ultimo (sent. n. 93 del 2010), la condizione della CEDU è stata definita come quella di una fonte "subcostituzionale", mentre le sentt. nn. 311 e 317 del 2009 hanno escluso che, al fine dell'inquadramento della Convenzione nel sistema delle fonti, possa essere appropriatamente utilizzato lo schema gerarchico, allo stesso tempo ammettendo che, per effetto del

assecondare la teoria delle fonti, ricevendo da questa l'orientamento per il proprio lineare svolgimento⁷³, allora si fatica a comprendere perché mai, ponendosi – a dire della Corte – ogni norma costituzionale a limite del diritto convenzionale, quest'ultimo non possa, a sua volta, soggiacere ad interpretazione conforme a Costituzione e richieda piuttosto di esser preso così com'è per l'ordinamento di appartenenza ovvero sottoposto, sempre qual è, a sindacato di costituzionalità⁷⁴. Se poi si vuol dire che i documenti internazionali non possono che essere interpretati secondo i canoni propri del diritto dei trattati, ciò non dovrebbe di necessità condurre l'operatore interno ad appiattirsi, *sempre e comunque*, sull'interpretazione della Corte EDU, quasi che quest'ultima non possa che essere infallibile.

In merito alle interpretazioni invalse a Strasburgo, non si è poi ancora ben capito se esse assumano carattere vincolante unicamente laddove si siano consolidate e composte in “diritto vivente” ovvero pure nel caso che una uniformità siffatta d'indirizzo non appaia ancora sufficientemente documentata. Ed è ancora da chiedersi se (e fino a che punto) l'accertamento, di cruciale rilievo, al riguardo competa allo stesso operatore di diritto interno, pur restando ad ogni buon conto soggetto a possibile, diverso apprezzamento da parte della Corte EDU, qualora sia chiamata a pronunciarsi dietro ricorso avverso proprio la pronuncia del giudice nazionale⁷⁵.

Sul punto la dottrina più avvertita sembra sollecitare soluzioni maggiormente flessibili di quelle risultanti dalla giurisprudenza costituzionale, pur nella laconicità delle indicazioni da questa date, perlopiù a mezzo di espressioni che stancamente si ripetono nel passaggio da una pronuncia all'altra⁷⁶.

richiamo di cui al I c. dell'art. 117 Cost., la fonte convenzionale faccia corpo col parametro costituzionale. Al punto 7 del *cons. in dir.* della sent. n. 317 del 2009 troviamo infatti scritto che «l'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme CEDU – in sé e per sé e quindi a prescindere dalla loro funzione di fonti interposte – rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione»; più avanti, però, si aggiunge che «la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti».

⁷³ A questa direttiva metodico-teorica in generale s'ispira infatti la dottrina dell'interpretazione conforme, venendo l'operatore sollecitato a far volgere la fonte gerarchicamente subordinata (o, come che sia, condizionata nella validità) verso la fonte sovraordinata (o condizionante) al fine della sua ricognizione di senso [indicazioni al riguardo, tra i molti e di recente, in G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in www.federalismi.it, 16/2007; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it e in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 89 ss.; V. SCIARABBA, *L'“interpretazione conforme” tra sindacato diffuso (su “norme”) e ipotesi di “graduazione della costituzionalità”: spunti di riflessione*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di, Torino, 2008, p. 481 ss.; M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, nonché, più di recente, negli interventi al Seminario svoltosi presso la Consulta il 6 novembre 2009 su *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, i cui *Atti* sono in corso di stampa (ma alcune relazioni possono vedersi nel sito *on-line* della Consulta) e in G.P. DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, e R. PINARDI, *L'interpretazione adeguatrici tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, entrambi in *Scritti in onore di L. Carlassare*, cit., IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, rispettivamente, p. 1305 ss. e p. 1523 ss.]. Si offuscano, tuttavia, in tal modo le potenzialità espressive del circolo interpretativo, allo stesso tempo in cui si trascura di porre in evidenza il ruolo conformativo giocato da talune fonti (in specie di quelle espressive di diritti e valori fondamentali in genere) nei riguardi di fonti pure astrattamente alle prime sovraordinate. Viene, insomma, non di rado ad affermarsi una *gerarchia culturale* – come a me piace chiamarla – che prende il sopravvento sulla *gerarchia positiva*, fino al punto di ribaltarla su se stessa per le esigenze dell'applicazione.

⁷⁴ A giudizio di un'avvertita dottrina, qualora la CEDU dovesse essere interpretata in senso costituzionalmente orientato, si determinerebbe una “entropia” del sistema [così P. GAETA, *I diritti fondamentali nelle dinamiche delle tre Corti: spunti di riflessione*, relazione all'incontro di studio su *Giudice penale, giudice costituzionale e corti sopranazionali*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 11-13 febbraio 2008, par. 7, nonché, dello stesso, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale*, relaz. all'incontro di studio su *I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 23 giugno 2009, par. 6.6; v., inoltre, R. CONTI, *Impronte digitali e diritti umani. In ricordo di Rosario Livatino*, in *PD*, 4/2008, p. 594 s., in nota. 36; F. SORRENTINO, *Apologia delle “sentenze gemelle” (Brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *DSOCà* 2009, p. 213 ss., spec. p. 218 s.; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, cit., I, *Delle fonti del diritto*, p. 393 ss., spec. p. 421 ss.; R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, p. 97 s.]. Sul punto, può, però, volendo, vedersi la replica che è nel mio *Dimensione europea*, cit.

⁷⁵ La questione si fa, poi, particolarmente spinosa sul versante dei rapporti tra Corte EDU e giudice costituzionale, potendo ancora una volta portare a quei conflitti tra giudicati, cui si è già fatto cenno e dei quali si dirà specificamente a momenti.

⁷⁶ Si tenga nondimeno presente che, secondo Corte cost. n. 311 del 2009, «l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea» (segue il richiamo di Cass. 20 maggio 2009, n. 10415, e di Corte EDU 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*). Non saprei tuttavia dire se il termine da me evidenziato valga come obbligatorio allineamento dei giudici comuni ai contenuti delle pronunzie della Corte di Strasburgo ovvero unicamente al “nucleo duro” delle stesse, senza che esse perciò debbano essere prese in tutto e per tutto per oro colato. Sta di fatto che, ogni qual volta faccia riferimento alle interpretazioni della CEDU che ne dà la sua Corte, la

Così, si è fatto notare che la stessa giurisprudenza europea parrebbe esibire una disponibilità persino maggiore di quella (*non*) mostrata dalla giurisprudenza costituzionale, non dandosi alcuna pronunzia che, in modo categorico e stringente, chiami i giudici nazionali a conformarsi in tutto e per tutto ai verdetti della Corte EDU⁷⁷; o, ancora, si è ritenuto che i giudici stessi possano da essi discostarsi, sia pure unicamente in presenza di «serie e gravi ragioni ordinamentali»⁷⁸.

A mio modo di vedere, la teoria delle fonti e, di conseguenza, la teoria dell'interpretazione, quali fatte proprie dalla giurisprudenza costituzionale, portano qui fuori strada e rischiano di far avvolgere sterilmente il ragionamento in se stesso.

Se si muove da una visione piramidale, che vede in testa, in gelosa solitudine, la Costituzione in ogni sua norma e, quindi, a questa soggetta la CEDU, non si comprende come quest'ultima (quale concretamente risultante dalla giurisprudenza della sua Corte) possa sottrarsi a sempre possibili adattamenti interpretativi orientati verso la Carta costituzionale. Se, di contro, si accoglie una visione orizzontale, che vede tutte le Carte relative ai diritti disposte sul medesimo piano ed anzi per vocazione sollecitate a volgersi l'una verso l'altra ed a farsi quindi rigenerare, in modo incessante, semanticamente a vicenda, ed allora la conclusione può (e deve) esser di tutt'altro segno.

Come si è tentato di mostrare in altri luoghi⁷⁹ e qui pure si è per altri aspetti già accennato, non è conciliabile la sistemazione verticale delle fonti con l'assunto che esse assolvono tutte alla medesima funzione di *riconoscere* (in senso proprio) diritti fondamentali⁸⁰. Se di un riconoscimento di diritti autenticamente fondamentali si tratta, ed allora il riferimento agli artt. 2 e 3 è ineludibile, senza peraltro escludere – come si segnalava – la sempre possibile entrata in campo del I c. dell'art. 10, laddove le norme delle Carte costituiscono trascrizione fedele di norme “generalmente riconosciute” in seno alla Comunità internazionale⁸¹.

Una volta ammessa – come, a mia opinione, si deve – la “copertura” da parte di principi fondamentali dell'ordine costituzionale, una “copertura” persino più salda di quella rinvenibile a beneficio delle norme dell'Unione (quanto meno di quelle non riguardanti i diritti), proprio a motivo del carattere materialmente costituzionale delle Carte (e, tra queste, per ciò che qui specificamente interessa,

giurisprudenza costituzionale non ha ad oggi fatto luogo al necessario chiarimento di ciò che intende per “sostanza” delle interpretazioni stesse.

⁷⁷ Fortemente valorizzato il ruolo dei giudici comuni da R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it, 6/2010, a cui opinione la stessa giurisprudenza EDU non vincolerebbe (aggiungo: *a tutt'oggi*) in modo stretto gli operatori di diritto interno ad allinearvisi, piuttosto sollecitando non di rado l'adozione di soluzioni diversificate in ragione del contesto di appartenenza e dei casi che in esso, con tipicità di caratteri complessivi, si manifestano. Non si trascuri, poi, al riguardo il rilievo assunto dal principio del margine di apprezzamento, a riguardo del quale, nella ormai estesa lett., riferimenti in F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., p. 65 ss.; P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., p. 145 ss. e, da ultimo, in S. MANCINI, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in *GCost*, 5/2009, p. 4055 ss.

⁷⁸ Riporto qui l'esito di una riflessione di E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, relaz. al Seminario su *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, cit., in www.cortecostituzionale.it, in relazione alla quale ho però ritenuto di osservare che la condizione posta a giustificazione di eventuali, circoscritte diversificazioni dell'una rispetto all'altra interpretazione appare afflitta da eccessiva vaghezza (v., dunque, il mio *Dimensione europea*, cit., in nota. 23).

⁷⁹ ... tra i quali, lo scritto da ult. cit.

⁸⁰ Piuttosto, può farsi, in via di principio, questione circa la estraneità di taluni diritti riconosciuti da qualche Carta al novero di quelli selettivamente intesi come “inviolabili”. La qual cosa, poi, potrebbe portare a concludere che una stessa Carta possa vantare in alcuni suoi enunciati “copertura” nell'art. 2 ed esserne invece priva in altri. Un'ipotesi, questa, che non sembra invero meritevole di essere scartata in partenza, avvolgendosi quindi il nodo attorno alla formidabile questione teorica riguardante la nozione di “inviolabilità” o “fondamentalità” (come si sa, da alcuni in vece della prima preferita). Senza riprendere ora antiche e nondimeno sempre aperte questioni riguardanti l'identificazione dei diritti costituzionalmente riconosciuti, una sola cosa è certa: che negare in radice alla CEDU (o ad altra Carta dei diritti) la “copertura” dell'art. 2, nel suo fare sistema con l'art. 3, equivale a negarla agli stessi... *diritti costituzionali*, a motivo del fatto che il più delle volte essi sostanzialmente coincidono o, comunque, largamente si sovrappongono, al di là delle pur innegabili differenze riscontrabili in ordine alle modalità della loro tutela.

⁸¹ Proprio in ragione della “copertura” di valore riconoscibile ai diritti delle Carte si pone poi la questione, che qui tuttavia non può essere neppure sfiorata, relativa alle forme richieste per la traduzione interna delle Carte stesse; una questione tanto più gravida di implicazioni se si ammette – come a me pare si debba – che i diritti in parola partecipano su basi di parità coi diritti costituzionali ad operazioni di bilanciamento e che, ancora prima (e di più), possono variamente ma pur sempre significativamente concorrere alla rigenerazione semantica degli enunciati costituzionali relativi ai diritti stessi. Ciò che, dunque, induce a ritenere che anche tali Carte, al pari – come s'è veduto – dei trattati comunitari, debbano essere recepite con legge costituzionale: la più efficace garanzia, a tacer d'altre, del fatto che attorno ai loro contenuti ed alla opportunità di darvi giuridico rilievo in ambito interno si coagulino i più larghi e convinti consensi, che non siano insomma le Carte di questo o quello schieramento politico.

della CEDU) e, dunque, dell'azione sinergica posta in essere dai principi suddetti a loro tutela, inevitabile è la conclusione per cui la soluzione dei conflitti, al massimo grado di positività giuridica, non può che aversi a mezzo della tecnica del bilanciamento, secondo ragionevolezza.

Di qui in avanti non si ripeterà, dunque, quanto si è venuti poc'anzi dicendo a riguardo dei rapporti col diritto dell'Unione. In un caso e nell'altro, acclarata la copertura in principi fondamentali a favore delle norme aventi origine esterna⁸², il *principio costituzionale dell'apertura* alle norme stesse richiede di partecipare su basi paritarie al "gioco" con gli altri principi evocati in campo dal caso.

Qui, anzi, si rendono *per tabulas* particolarmente visibili quei conflitti di un valore con... *se stesso*, cui si è sopra fatto cenno, i diritti CEDU e i diritti costituzionali potendosi far ugualmente riportare alla formula, dotata di formidabile capacità di accoglienza e forza espressiva, iscritta nell'art. 2, unitamente – come sempre – alle formule dell'art. 3. E, qui come lì, un indeclinabile "preorientamento" assiologico viene dal principio dell'apertura al diritto di origine esterna, l'interprete essendo naturalmente portato a ricercare soluzioni quanto più possibile autenticamente mediane e concilianti nel corso dei processi interpretativi dallo stesso avviati, al fine di non trovarsi quindi obbligato a far luogo a scelte escludenti, comunque dolorose, ispirate a quella "logica" dell'*aut-aut* che – come si è tentato di mostrare – appare essere comunque perdente, per il solo fatto di comportare l'accantonamento di una Carta al posto di un'altra e di non sfruttarle tutte assieme a beneficio dei bisogni più largamente ed intensamente avvertiti dall'uomo⁸³.

6. L'integrazione attraverso i diritti, alla prova del nove degli eventuali conflitti tra giudicato costituzionale e giudicato eurounitario (in specie, i conflitti, apparenti o reali, originati da decisioni di accoglimento della Corte costituzionale)

È da chiedersi cosa ne possa essere degli schemi sopra succintamente descritti, di quelli comunemente accolti in dottrina ed ormai accreditati dal "diritto vivente" come pure però di quelli da me considerati maggiormente rispondenti al modello, all'impatto con decisioni delle Corti europee di segno opposto a quello posseduto dalle decisioni della Corte costituzionale⁸⁴.

La questione è di cruciale rilievo dalla prospettiva (ed ai fini) della integrazione interordinamentale, sol che si consideri che, assumendo – per comune riconoscimento – il giudicato costituzionale punto di chiusura dell'ordinamento, espressivo in grado eminente di un'identità costituzionale che in nessun altro modo può essere meglio garantita, esso si pone quale banco di prova della possibilità di portare l'integrazione stessa a compiuta maturazione. All'osso, dunque, la questione sta tutta qui: è rimuovibile il giudicato costituzionale? E, se sì, a quali condizioni e con quali effetti⁸⁵?

⁸² Tengo qui a precisare di non considerare *ogni* norma internazionale "coperta" da principi fondamentali (e, segnatamente, da quello della pace e della giustizia tra le Nazioni), altrimenti non si capirebbe la ragione del differenziato regime stabilito per le norme stesse a seconda della loro natura (consuetudinaria ovvero pattizia). Il discorso ora fatto resta, dunque, circoscritto alla sola CEDU ed alle Carte dei diritti in genere (peraltro, non ogni diritto da esse riconosciuto può – come si diceva – assiomaticamente fregiarsi del titolo di "inviolabile").

⁸³ Come si è poi segnalato poc'anzi, laddove ci si trovasse costretti a mettere da canto una norma della CEDU, la soluzione *soft* dietro ipotizzata, secondo cui, anziché essere annullata, la norma stessa potrebbe essere giudicata meramente "irrilevante" per la definizione del caso (e, perciò, inidonea ad integrare il parametro costituzionale), sembra offrirsi come la meno traumatica in vista del mantenimento di accomodanti (se non in tutto soddisfacenti) relazioni tra le Corti.

⁸⁴ Circo scrivo in questa sede lo studio unicamente agli eventuali conflitti originati da pronunzie emesse in occasione dei giudizi sulle leggi; ben maggiori, però, sono le possibili interferenze tra le decisioni della nostra e quelle delle altre Corti, allargando l'area alle altre competenze della Corte costituzionale (e, segnatamente, a quelle relative ai conflitti di attribuzione). Sul finire di questa esposizione, poi, mi soffermerò, sia pure solo di sfuggita, su eventuali conflitti tra i giudicati europei, che possono, per la loro parte, dar vita ad ulteriori, non lievi complicazioni del quadro. Avverto nondimeno sin d'ora di non poter qui riservare neppure un cenno alle non poche, vessate questioni che si pongono in relazione sia all'uno che all'altro giudicato europeo, nei tratti peculiari da ciascuno esibiti, come tali bisognosi di specifica attenzione. Forse, però, non sarebbe male cominciare sin d'ora a riflettere sugli spazi realisticamente disponibili per la costruzione di una teoria generale del giudicato "costituzionale", idonea ad abbracciare le esperienze processuali di tutte le Corti *materialmente* costituzionali, interne ed europee.

⁸⁵ Non riprendo ora la vessata questione circa la possibilità di discorrere, in via generale o con riguardo a talune sue manifestazioni, di un "giudicato" costituzionale [a riguardo dei modi con cui esso è più diffusamente inteso, indicazioni possono aversi, oltre che dalla cit. monografia di F. DAL CANTO, del quale peraltro v. le ulteriori precisazioni che sono *sub* art. 137, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, p. 2674 ss., da G. PARODI, *sub* art. 136, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 2660 ss.; P. COSTANZO, *Il dibattito sul giudicato costituzionale nelle pagine di*

La questione richiede di esser separatamente trattata in relazione a ciascuna Corte ed a ciascuna specie di decisione dalla stessa adottata, a motivo della tipicità del regime complessivo proprio di esse⁸⁶. Si vedrà, nondimeno, che, pur da diverse partenze, le conclusioni convergono, per effetto della formidabile capacità di aggregazione espressa dagli enunciati positivi e dalle enunciazioni giurisprudenziali riguardanti i diritti fondamentali, sul terreno del cui riconoscimento e della cui tutela sbiadiscono le distinzioni su basi formali- astratte, nel mentre emergono in tutto il loro nitore i tratti comuni ai diritti stessi, quali risultanti da “tradizioni costituzionali” – possiamo dire, riprendendo ancora una volta la nota espressione coniata a Lussemburgo – venutesi a formare in forza delle marcate affinità culturali delle Carte e delle Corti.

Con riguardo alle pronunzie della Corte di giustizia ed ai loro rapporti con le pronunzie della Corte costituzionale, va subito osservato che il più delle volte il conflitto tra giudicati è meramente apparente⁸⁷.

Mi soffermo in particolare sul caso del contrasto originato da pronunzie di accoglimento del giudice delle leggi, il solo peraltro – come si sa – secondo l’opinione corrente in cui possa appropriatamente discorrersi del giudicato stesso, sia pure nella peculiare accezione datagli con riferimento alle esperienze della giustizia costituzionale.

Può essere al riguardo utile richiamare una vicenda assai interessante verificatasi poco tempo addietro e conclusasi con una pronunzia della Terza Sezione della Corte di Lussemburgo del 19 novembre 2009 (C-314/08, *Filipiak*).

Il tribunale costituzionale polacco aveva dichiarato una norma legislativa nazionale contraria a Costituzione, differendone tuttavia la caducazione ad un tempo successivo, apponendo cioè alla propria sentenza un termine di *vacatio*, sentenza che era stata (apparentemente) contraddetta da una pronunzia della Corte comunitaria emessa in via pregiudiziale con la quale, riscontrata la violazione da parte della norma legislativa suddetta di norme comunitarie immediatamente applicabili, è stato intimato ai giudici nazionali di disattendere il verdetto del tribunale costituzionale, espressamente richiamato, e di far dunque subito applicazione del diritto comunitario⁸⁸.

In realtà, ad un esame più approfondito si riscontra che la questione giudicata dal tribunale costituzionale era in sé diversa da quella considerata dal giudice comunitario: l’una, infatti, aveva ad oggetto l’atto interno *limitatamente ai suoi rapporti con la Costituzione polacca*, tant’è che lo stesso tribunale, timoroso degli effetti che avrebbe prodotto la sua decisione (il supposto vuoto apparendogli evidentemente ancora più incostituzionale della perdurante vigenza dell’atto annullato), ha protratto

«Giurisprudenza costituzionale» (note sparse su un tema di perdurante attualità), in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, p. 214 ss.; R. MANFRELOTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Napoli, 2008, p. 320 ss.]. Mi limito solo a constatare che – si consideri o no appropriata una qualifica siffatta – possono darsi (ed effettivamente si danno) casi in cui il verdetto della Consulta rischia di essere vanificato nei suoi effetti da un verdetto di altra Corte; e tanto basta ai fini della ricostruzione che si tenta qui di delineare nei suoi tratti di fondo.

Avverto poi di non intrattenermi qui circa l’eventuale superamento del giudicato ordinario conseguente a pronunzie della Corte di giustizia, in relazione al quale si pongono questioni diverse da quelle specificamente riguardanti il giudicato costituzionale (in argomento, di recente, F. SPITALERI (a cura di), *L’incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009; C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio*, in *GI.*, 2009, p. 2815 ss.; M.G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *RIDPC*, 2009, p. 341 ss. e, partic., l’ampio saggio di R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in www.astrid-online.it). Mi limito solo ad avvertire che sarebbe cosa vana tentare di “pesare” il giudicato ordinario (anzi, *i giudicati ordinari*, ciascuno essendo provvisto di connotati suoi propri), raffrontandolo al giudicato costituzionale. Basti solo por mente al fatto che, per un verso, il primo può costituire addirittura oggetto del secondo (segnatamente, nei conflitti interorganici originati da pronunzie dei giudici passate in giudicato), mentre, per un altro verso, il secondo ordinariamente si arresta davanti al primo (in specie, per ciò che concerne la portata retrospettiva degli effetti di annullamento di leggi diverse da quelle penali). Ciascuno di essi, insomma, appare essere ora più “forte” ed ora più “debole” rispetto all’altro, in ragione del modo con cui il valore della certezza del diritto si combina coi valori restanti.

⁸⁶ Un chiaro quadro di sintesi può ora vedersi in O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, cit.

⁸⁷ L’ipotesi del conflitto è risolutamente scartata da F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002, p. 103 in nota 31 (ma il quadro sembra alquanto più articolato e complesso, come si tenta qui di mostrare, rispetto al modo con cui è rappresentato da questa pur avveduta dottrina).

⁸⁸ La sentenza *Filipiak* si chiude con la seguente affermazione, che non lascia adito a dubbi: «il primato del diritto comunitario impone al giudice nazionale di applicare il diritto comunitario e disapplicare le disposizioni nazionali contrarie, *indipendentemente dalla sentenza del giudice costituzionale nazionale che ha deciso di rinviare la perdita dell’efficacia vincolante delle stesse disposizioni, dichiarate incostituzionali*» (mio, ovviamente, il corsivo).

provvisoriamente l'efficacia dell'atto medesimo. Il giudice comunitario, di contro, ha riguardato all'atto *unicamente per il modo con cui esso si poneva in rapporto col diritto comunitario*, tanto da imporne – come di consueto – l'immediata disapplicazione, in conseguenza dell'acclarata incompatibilità rispetto al diritto sovranazionale.

Diverse le questioni, diverse pertanto le relative decisioni.

Si può fare una simulazione, a riprova di quest'assunto. Supponiamo che la disciplina comunitaria confliggente con quella interna fosse sopravvenuta rispetto al verdetto del tribunale nazionale. Ebbene, si potrebbe dire che se ne sarebbe avuta una incisione del giudicato costituzionale? Certo che no, l'immediata disapplicazione della fonte interna discendendo appunto dallo *ius superveniens* comunitario e rinvenendo piana spiegazione nell'alterazione del quadro o – piace a me dire – della “situazione normativa”⁸⁹ conseguentemente determinatasi. È vero che, nel caso *Filipiak*, l'antinomia col diritto comunitario v'era sin dall'inizio; e, dunque, potrebbe dirsi che il giudice costituzionale polacco avrebbe potuto rilevarla. È, però, ugualmente vero che la stessa giurisprudenza comunitaria, in presenza di antinomie siffatte, fa obbligo alle autorità nazionali, in nome della certezza del diritto, di sradicare la causa dell'antinomia, attraverso la rimozione dell'atto interno incompatibile col diritto dell'Unione. Ciò che, appunto, nella circostanza si è avuto, con la pronuncia del tribunale costituzionale, sia pure fondata su causa diversa dall'incompatibilità stessa.

Si vuol dire, insomma, che una volta impugnato l'atto davanti al giudice costituzionale, pur se per ragioni diverse dal contrasto col diritto sovranazionale⁹⁰, la caducazione dell'atto stesso con effetti *erga omnes* potrebbe rispondere ancora meglio allo scopo, che sempre sta a cuore all'Unione, della rimozione in radice della causa dell'“anticomunitarietà” rispetto all'astratto mantenimento in vigore dell'atto, nondimeno bisognoso di essere in ogni sede disapplicato⁹¹.

Ad ogni buon conto, le pronunzie della Corte di Lussemburgo potrebbero essere viste, ai fini qui rilevanti, come una sorta di *ius superveniens* “paracostituzionale”, con gli effetti (ma anche con i limiti) che gli sono propri⁹², sì da portare a nuove “situazioni normative”, come tali suscettibili di aprirsi a varî

⁸⁹ Questa la definizione che s'è proposto altrove di dare dell'oggetto del giudizio sulla costituzionalità delle leggi [v., dunque, il mio *Le attività “conseguenziali” nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, 1988, spec. p. 55 ss., nonché, *amplius*, *Storia di un “falso”*, cit., spec. p. 107 ss., ma *passim*; la tesi è poi stata fatta propria, con precisazioni, da A. SPADARO, *La “norma” o piuttosto la “situazione normativa” quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto “dottrinale” che dice e non dice (in margine alla sent. cost. n. 84/1996)*, in *GCost.*, 1996, p. 778 ss. e, ancora da ultimo, ripresa da A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, p. 86 ss. In argomento, v. inoltre, di recente, A. MORELLI, *L'illegittimità conseguenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli, 2008, p. 109 ss.].

⁹⁰ Una irrisolta aporia invece, a mio modo di vedere, si ha con riguardo ai casi in cui ci si rivolga al giudice costituzionale denunciando la violazione di norma dell'Unione (in tesi, immediatamente applicabile e di per sé non lesiva di principi fondamentali di diritto interno). Per un verso, la Corte dovrebbe liberarsi della questione, di cui sia stata malamente investita, la relativa soluzione spettando ai giudici comuni (con la tecnica usuale della “non applicazione” della fonte interna ovvero dando la precedenza alla pregiudiziale comunitaria rispetto alla pregiudiziale costituzionale); per un altro verso, però, sollecitando la stessa giurisprudenza comunitaria la radicale rimozione dell'atto interno “anticomunitario”, l'operazione ablativa con effetti *erga omnes* del giudice delle leggi – come si passa subito a dire nel testo – potrebbe rivelarsi la misura più opportuna, se non altro al fine di parare il rischio che la rimozione stessa poi non si abbia per mano del legislatore o degli stessi giudici comuni, ed anche la più celere (non richiedendosi un nuovo passaggio della questione all'autorità remittente). Sappiamo, però, che la giurisprudenza, sia nazionale che comunitaria, non è di quest'avviso.

⁹¹ Se, dunque, nel caso *Filipiak* si è commesso (e sempre che davvero si sia commesso...) un errore, è esclusivamente nell'apposizione della *vacatio* alla sentenza di annullamento, non già nell'adozione di quest'ultima. E, tuttavia, rimane da chiedersi se il tribunale avrebbe potuto (o dovuto) *motu proprio* rilevare il contrasto col diritto comunitario, laddove non denunciato, e perciò non dotare la propria decisione della *vacatio* suddetta. Non saprei invero dire se, alla luce dei canoni che presiedono in Polonia allo svolgimento dei giudizi di costituzionalità (specie per ciò che attiene al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato) ed ai rapporti interordinamentali, questa strada sarebbe stata percorribile.

⁹² Non si trascuri che alle stesse pronunzie emesse dalla Corte di Lussemburgo dietro rinvio pregiudiziale è stata riconosciuta l'efficacia di vere e proprie fonti del diritto (spec. sent. n. 113 del 1985 e succ. e, in dottrina, per tutti, F. SALMONI, *La Corte costituzionale, la Corte di giustizia delle Comunità europee e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., p. 302 ss., e G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *RDCost.*, 2004, p. 249 ss. V., però, ora ridiscussa la questione degli effetti riconducibili alle pronunzie in parola da T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009, p. 180 ss.). Non sono poi mancati – come si sa – i casi in cui la Corte dell'Unione ha accertato l'anticomunitarietà di norme costituzionali (v., ad es., Corte giust. 16 dicembre 2008, in causa C-213/07, *Michaniki*, richiamata anche da R. MASTROIANNI, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione Europea*, cit., p. 449 in nota 26).

esiti “conseguenziali”, al piano delle esperienze sia produttive che giurisprudenziali, secondo quanto si preciserà ancora meglio a momenti⁹³.

Diverso è il caso che il giudicato costituzionale, già al momento della sua formazione, disattenda un anteriore verdetto della Corte di giustizia: un caso, nondimeno, assai problematicamente prospettabile, dal momento che – come si è appena veduto – le questioni di costituzionalità sono in sé diverse dalle questioni di “comunitarietà”. Laddove, poi, le seconde si confondano con le prime, la Corte dell’Unione non dovrebbe avere di che dolersi – come pure s’è fatto notare – della rimozione di legge, a un tempo, incostituzionale ed anticomunitaria⁹⁴.

Né potrebbe propriamente riportarsi all’ordine tematico di cui ora si discute l’ipotesi di legge adottata al fine di dare attuazione a norma sovranazionale e, tuttavia, caducata dalla Consulta a motivo della sua incompatibilità rispetto alla Costituzione. E, invero, in una congiuntura siffatta l’inadempimento nei riguardi degli impegni eurounitari non conseguirebbe alla sentenza del giudice delle leggi, siccome esclusivamente imputabile al legislatore, per aver quest’ultimo fatto fronte agli impegni stessi in modo comunque irrispettoso del dettato costituzionale.

Uguale negli effetti il caso di legge annullata per difformità (non rispetto alla Costituzione ma) a norma sovranazionale non *self-executing*. Delle due, infatti, l’una: o l’annullamento è giustificato, ed allora l’inadempimento è, ancora una volta, esclusivamente ascrivibile al legislatore, la Corte eurounitaria non potendosi dolere dell’applicazione di una sanzione da parte del giudice delle leggi, a garanzia della stessa legalità comunitaria; oppure l’inadempimento è proprio (e solo) della Corte costituzionale, per aver inopinatamente cancellato una norma di legge osservante degli impegni dell’Unione. Un’ipotesi, questa, francamente remotissima, a fronte del consolidato indirizzo secondo cui è fatto obbligo ai giudici di dar la precedenza alla pregiudiziale comunitaria rispetto alla pregiudiziale costituzionale ed a fronte dell’impegno ormai dalla stessa Corte assunto di rivolgersi al giudice di Lussemburgo in caso di dubbio circa l’interpretazione o la validità del diritto sovranazionale (ord. n. 103 del 2008, cit.). Se, poi, l’ipotesi dovesse ugualmente aversi, a motivo del mancato o cattivo utilizzo dello strumento in parola, non rimarrebbe che sperare nel sollecito intervento del legislatore, che torni a dar attuazione al diritto sovranazionale: non più, però, coi contenuti di prima, la cui reiterazione sarebbe inibita dal giudicato costituzionale, ma con contenuti nuovi, non interferenti col giudicato stesso. Non è, d’altronde, realistico immaginare un’attuazione “a rime obbligate” di disciplina eurounitaria non *self-executing*⁹⁵.

A conti fatti, la responsabilità degli operatori di diritto interno (dei giudici *a quibus* e della stessa Corte costituzionale) potrebbe aversi nel solo caso che l’attuazione del diritto sovranazionale passi *di*

⁹³ Nessuno infatti contesta che, in via di principio, il legislatore possa reintrodurre con le “forme costituzionali” descritte nell’art. 138 una norma di legge caducata dalla Consulta, *sempre che però* – secondo opinione corrente – *la causa dell’annullamento non sia data dalla violazione di un principio fondamentale dell’ordinamento*; e non è, anzi, inopportuno rammentare che la previsione di cui al II c. dell’art. 136 Cost. ha avuto origine e giustificazione proprio allo scopo di dar modo alle Camere di poter far valere la loro originaria volontà politico-normativa, dopo però aver rimosso l’ostacolo giuridico alla sua affermazione (ho ripercorso la vicenda, peraltro in alcuni suoi passaggi confusa, che ha portato alla previsione in parola nel mio *Le attività “conseguenziali”*, cit., p. 26 ss.). Ebbene, al di là della peculiare *ratio* sottesa al disposto ora richiamato, per ciò che attiene alle vicende delle norme nel tempo è da riconoscere che ciò che può fare il legislatore di revisione può, in via di principio, fare anche il legislatore (e il giudice) sovranazionale.

Il *punctum crucis* della questione – come si è dietro veduto – sta però proprio nella condizione che comunemente si considera apposta all’innovazione normativa, avuto cioè riguardo al rispetto dei principi di base dell’ordine interno; una condizione che – come si è tentato di mostrare – merita di essere teoricamente discussa, nei suoi termini essenziali, e sottoposta a verifiche secondo i casi.

⁹⁴ Ma, come si è sopra rammentato, non è questa la linea giurisprudenziale tracciata a Lussemburgo.

⁹⁵ Piuttosto, il richiamo al caso torna, ancora una volta, utile al fine di mostrare che, se fosse stata accolta la proposta ricostruttiva da me affacciata giusto vent’anni addietro (nel mio *Storia di un “falso”*, cit.), secondo cui a seguito di sentenza di accoglimento della Corte cade unicamente la “norma” – per dirla col linguaggio corrente – ma non pure il testo, per ogni sua astrattamente prospettabile ricognizione semantica, ebbene la proposta stessa avrebbe potuto, per l’aspetto ora considerato, non poco giovare allo scopo di recuperare subito le disposizioni fatte oggetto delle sentenze in parola, senza dover quindi attendere l’intervento del legislatore, non sempre sollecito né adeguato. Per quel che solo mi è qui consentito di dire, non posso trattenermi, ancora una volta, dal manifestare il mio disagio davanti all’opinione corrente, di cui fatico a comprendere sia il fondamento che la *ratio*, secondo cui, malgrado la Corte si pronunzi sempre su una “norma” individua, laddove il verdetto sia caducatorio, con la norma stessa cada pure il testo, in *ogni* suo possibile significato. Fatico infatti a comprendere cosa mai si opponga a che dalla medesima disposizione possano trarsi norme diverse da quella giudicata, fatte quindi oggetto di vario apprezzamento: a meno che non si ammetta – come devesi, a portare fino alle sue ultime, conseguenti applicazioni la tesi ormai invalsa – che le sentenze della Corte siano atti d’interpretazione autentica sia della Costituzione che della legge (ed, anzi, dei modi delle loro combinazioni, secondo i casi). Pure però a concedere che ciò possa aversi (ed effettivamente si abbia), poiché i casi della vita (le “situazioni normative”) possono variare, come escludere ugualmente che dalla disposizione da cui si è dapprima tratta una “norma” incostituzionale possa *lo stesso interprete* trarre nome diverse?

necessità, inevitabilmente, attraverso l'inosservanza del disposto costituzionale, vale a dire nel caso che non si sia fatto luogo (come si sarebbe, invece, dovuto) alla “non applicazione” del disposto stesso in quanto frontalmente contrastante con norma dell'Unione bisognosa di attuazione in ambito interno. Un caso – come si vede – di certo non frequente⁹⁶, in cui il giudice delle leggi si renderebbe per vero responsabile di mancato rispetto prestato al diritto eurounitario. Ed allora potrebbe immaginarsi l'esercizio di un'azione davanti al giudice di Lussemburgo avverso lo Stato inadempiente nei riguardi degli obblighi eurounitari, a motivo dell'operato posto in essere dalla stessa Corte costituzionale. E si tratterebbe, quindi, di stabilire quale rilievo possa darsi in ambito interno ad un'eventuale pronuncia del giudice di Lussemburgo che accerti l'inadempimento stesso. Per ciò che qui specificamente interessa, è da vedere se – in disparte il profilo risarcitorio di carattere economico (di per sé non interferente col giudicato costituzionale, in quanto inidoneo a rimuoverne gli effetti) – la decisione adottata dal giudice sovranazionale possa rimettere in discussione il giudicato stesso ovvero se ciò si dimostri impossibile in nome della dottrina dei “controlimiti”, attivata col fatto stesso della venuta alla luce del verdetto emesso dalla Consulta.

Qui, sovviene un caso, per la verità in sé diverso da quello di cui ora si discute ma in cui ugualmente s'è fatta questione del possibile superamento, conseguente ad una pronuncia della Corte di giustizia, degli effetti prodotti da una sentenza ablativa della Corte costituzionale⁹⁷.

Mi riferisco alla vicenda chiusa da una nota pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. V, n. 4207 del 2005) che, appunto in applicazione della dottrina dei “controlimiti”, ha escluso la possibilità di investire la Corte di giustizia di questione pregiudiziale coinvolgente una norma aggiunta con sentenza della Corte costituzionale ad un testo di legge che ne era illegittimamente mancante e sospetta di entrare in rotta di collisione col diritto comunitario. Una decisione – come si sa – fatta oggetto di notazioni di vario segno, per la verità idonee ad alimentarsi da taluni “chiaroscuri” dalla stessa esibiti⁹⁸. Nella circostanza, infatti, non si è ben capito⁹⁹ se, ad avviso della suprema magistratura amministrativa, le decisioni della Corte costituzionale assumano, sempre e comunque, la qualità di “controlimiti”, quali punti di “chiusura” dell'ordinamento, ovvero unicamente laddove – come nel caso *de quo*, in cui era a rischio il diritto alla salute – si dispongano al servizio dei “controlimiti” stessi.

Proprio qui, invero, stava (e sta) il cuore della questione oggi nuovamente discussa. Il che vale come chiedersi se il giudicato partecipi ad operazioni di bilanciamento o se vi rimanga sempre sottratto, per il fatto di porsi come il “luogo” espressivo dei bilanciamenti stessi.

L'una conclusione fa dei valori fondamentali (valori sostantivi, non processuali), nelle sintesi dagli stessi raggiunte in ragione dei casi, il fondamento appunto dell'ordinamento; l'altra fa del giudicato (e, risalendo, della norma che lo fonda ed esprime, l'art. 137, ult. c.) l'unica, vera *Grundnorm* dell'ordinamento, la norma di “chiusura” appunto. Solo che – in disparte la circostanza per cui le sentenze della Corte sono pur sempre superabili da atti o fatti di normazione idonei ad incidere sul parametro costituzionale¹⁰⁰ – una *Grundnorm* è, a mia opinione, tale se è, allo stesso tempo, un *Grundwert*,

⁹⁶ Da noi, come si sa, si tende a ripianare le antinomie tra diritto sovranazionale e diritto costituzionale al piano interpretativo, dando cioè fondo a tutte le risorse di cui si dispone al fine di riconciliare i testi; altrove invece (ad es., in Germania) non sono mancati i casi, alcuni anche particolarmente clamorosi, di conflitto, risolti poi con l'aggiornamento della Carta costituzionale, così ricondotta alla luce del sole nell'alveo del diritto dell'Unione.

⁹⁷ Si presti nondimeno attenzione al fatto che, nella circostanza ora richiamata, la decisione della Corte era di tipo additivo, non già di caducazione “secca”. Era, tuttavia, ugualmente in gioco – a dire di molti – l'aggiramento del giudicato costituzionale.

⁹⁸ Riferimenti, ora, in T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei giudici*, cit., p. 86 ss.

⁹⁹ ... quanto meno, non è riuscito a me: v., infatti, il mio *Le pronunzie della Corte costituzionale come “controlimiti” alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario? (A margine di Cons. St., sez. V, n. 4207 del 2005)*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁰⁰ ... quali leggi di revisione costituzionale o norme di diritto internazionale “generalmente riconosciute”. Si rammenti, inoltre, quanto si è poc'anzi detto in relazione al disposto di cui al II c. dell'art. 136, pensato proprio al fine di dar modo al legislatore di reimmettere nell'ordinamento, con le “forme costituzionali”, norme di legge dapprima annullate dalla Corte. Proprio su questo terreno si coglie una differenza strutturale tra la Corte costituzionale e la Corte EDU e, risalendo, ancora prima, tra la Costituzione e la Convenzione, questa, a differenza di quella, potendo essere modificata solo all'unanimità (come ci rammentano O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia*, cit., par. 2.1). Il che vale come dire che il giudicato “convenzionale”, diversamente dal giudicato costituzionale, non è, a conti fatti, superabile per la via del rifacimento del parametro su cui si fonda. La qual cosa, nondimeno, non toglie che – come ancora si segnala nello scritto da ultimo cit., spec. ai parr. 2.8.2 e 2.9.1, nonché al par. 5 – numerosi e marcati siano i segni indicativi della tendenza della Corte di Strasburgo a porsi quale Corte non più internazionale ma sovranazionale e, tendenzialmente, di “tono costituzionale”, quando non – addirittura – “superconstituzionale” (si pensi solo ai casi in cui a Strasburgo sono state dichiarate “anticonvenzionali” norme costituzionali).

vale a dire se (e nella misura in cui) assicura l'ottimale servizio, alle condizioni complessive di contesto, all'*intera* tavola dei valori fondamentali, non già ad un *singolo* valore in sé e per sé considerato¹⁰¹. Dal mio punto di vista, infatti, pur laddove si dimostri il carattere strumentale del giudicato in rapporto ad uno o più principi fondamentali dell'ordinamento, dal caso evocati in campo, ugualmente non sempre il giudicato stesso resiste al suo eventuale superamento ad opera di un atto che *apparentemente* lo contraddica¹⁰², ogni qual volta si dimostri – e, in ultima istanza, ciò sia riconosciuto dallo stesso giudice delle leggi – che, per effetto di una novità normativa (o giurisprudenziale...), possa conseguirsi (ed effettivamente si consegua) una diversa ed ancora più appagante sintesi assiologica, che *per ciò stesso* determini un mutamento di “situazione normativa”.

Quest'affermazione ha a sua base e giustificazione un duplice assunto: 1) che il giudicato è, sì, al servizio di valori fondamentali ma che la sintesi assiologica da esso raggiunta ed espressa può (e deve) confrontarsi alla pari con altra possibile sintesi assiologica, conseguente all'adozione della fonte eurounitaria (ivi inclusa – come si diceva – la stessa giurisprudenza di Lussemburgo) e, perciò, al mutamento di “situazione normativa” per effetto di essa discendente; 2) che nessun “controlimite” in astratto, *per sistema*, si dà all'ingresso delle discipline eurounitarie in ambito interno, lo stesso occasionale superamento di un principio fondamentale nazionale potendo rinvenire giustificazione nel bisogno di dare spazio al valore della pace o ad altro valore ancora, servito dalla normativa stessa e preminente in sede di bilanciamento secondo il caso¹⁰³. I “controlimiti”, insomma, si attivano unicamente laddove si dimostri – ciò che può farsi, evidentemente, solo *in concreto* – che il valore inciso dalla normativa eurounitaria *pesi* di più sulla bilancia rispetto al valore dalla normativa stessa realizzato.

Così stando le cose, ci si avvede del fatto che nessuna conclusione, in congiunture siffatte, può trarsi *in vitro* ma che tutte richiedono di aversi *in vivo*, in ragione dell'esito del bilanciamento di volta in volta operato. Si tratta perciò di stabilire se, con la “messa da canto” della pronuncia della Consulta e la conseguente applicazione della norma eurounitaria in vece di quella nazionale, venga ad intaccarsi il patrimonio dei valori fondamentali che danno l'identità dell'ordinamento interno e sono condizione della sua integra e fedele trasmissione nel tempo o non piuttosto esso sia preservato e vieppiù arricchito, proprio per effetto della nuova “situazione normativa” formatasi a seguito delle novità registratesi in ambito sovranazionale¹⁰⁴.

7. Segue: i conflitti causati da pronunzie di rigetto e la lezione di ordine generale che se ne può trarre in merito allo svolgimento delle relazioni tra le Corti (e gli ordinamenti), ovvero sia i conflitti tra giudicati come conflitti tra valori, ripianabili unicamente con la tecnica sperimentata del reciproco bilanciamento

Dopo le cose appena dette, non occorre un lungo discorso con riguardo ai conflitti tra le Corti originati da decisioni di rigetto del giudice delle leggi.

¹⁰¹ Un opportuno, fermo invito a riguardare il *sistema* dei valori, non i *singoli* diritti di volta in volta in gioco, è venuto dalla stessa Corte costituzionale, sia pure con riguardo ad altro ordine tematico, cui pure si farà qui cenno a breve (mi riferisco alla cit. sent. n. 317 del 2009, in merito ai rapporti tra CEDU e diritto interno).

¹⁰² La questione ha, ovviamente, portata generale, riferendosi sia all'eventualità che il giudicato risulti contraddetto da un atto di origine esterna che a quella che lo sia da un atto di diritto interno. Qui, ovviamente, interessa solo il primo caso.

¹⁰³ Richiamo sul punto la riflessione sopra svolta in merito ai conflitti interordinamentali su basi di valore e al modo del loro giusto ripianamento.

¹⁰⁴ Si pensi, ad es., alla riproduzione con legge di legge già annullata dalla Corte costituzionale. Un evento, questo, a quanto pare, *in via di principio*, da considerare illecito, siccome appunto inibito dal giudicato costituzionale (ma il punto, come si sa, è assai controverso: indicazioni, di recente, in C. DI SERI, *Il “vizio da riproduzione”*. Spunti ricostruttivi in tema di illegittimità costituzionale per indebita riproposizione di norme, in *Dsoc*, 3/2007, p. 421 ss.). Quanto meno, così è a mia opinione da dire, *rebus sic stantibus*, ferma cioè la “situazione normativa” di partenza, dal momento che – specie alla luce del “diritto vivente” – è fortissimo il rischio (che è, anzi, quasi certezza...) che alla medesima disposizione si assegni lo stesso significato che è stato a base della pronuncia ablativa della Corte. In presenza però di un difforme verdetto della Corte dell'Unione, la riproduzione stessa, potrebbe considerarsi “coperta” dal giudicato eurounitario, ove si dimostri – ciò che, per vero, non sembra affatto agevole – che essa costituisca l'*unica* soluzione attuativa possibile di un diritto sovranazionale espressivo di una sintesi assiologica maggiormente appagante di quella risultante per effetto della decisione ablativa del giudice delle leggi. Come si è dietro rilevato, l'ipotesi di una disciplina normativa “a contenuto *comunitariamente* vincolato” appare però francamente irrealistica; piuttosto, giudici comuni e legislatori sono sollecitati, negli ambiti rispettivamente loro propri, a ricercare soluzioni attuativo-applicative dei verdetti sia della Corte costituzionale che della Corte di giustizia concilianti.

Innanzitutto, va rammentato che le decisioni in parola, secondo la comune opinione (accreditata dal “diritto vivente”), non vanno mai in giudicato¹⁰⁵. La questione è invece spinosa proprio se riguardata dal mio punto di vista, favorevole alla cosa giudicata anche di tale specie di pronunzie (nei limiti consueti segnati dalla “situazione normativa” oggetto del giudizio)¹⁰⁶. Va, nondimeno, confermato che il più delle volte il conflitto è meramente apparente, nulla opponendosi a che una norma di legge sia mandata assolta dal sospetto della sua violazione nei riguardi della Carta e risulti poi incompatibile con norma dell’Unione. Come si è già segnalato, trattasi di questioni diverse, inidonee ad interferire o a sovrapporsi l’una con l’altra.

Il conflitto invece si avrebbe nel caso che la legge sia denunciata davanti alla Consulta di violare una norma eurounitaria, senza che sia stata rimossa, violazione quindi accertata dal giudice di Lussemburgo. Sappiamo però che questa eventualità è usualmente considerata impossibile, a motivo della riconosciuta competenza dei giudici comuni a risolvere le antinomie in parola¹⁰⁷, eccezion fatta del caso che la norma dell’Unione sia priva dell’attitudine ad esser portata ad immediata applicazione. In buona sostanza, perciò, il caso potrebbe – secondo dottrina e giurisprudenza corrente – aversi unicamente in presenza di norme interne contrarie a direttive eurounitarie (o a norme comunque non *self-executing*) e non sanzionate dal giudice delle leggi, che a loro volta costituiscano causa per un accertamento di segno opposto da parte del giudice eurounitario¹⁰⁸.

Così circoscritta l’area del possibile conflitto, *nulla quaestio* per la comune opinione: la fonte interna non potrà trovare applicazione, malgrado sia uscita indenne dal giudizio della Consulta, nessun ostacolo da quest’ultima venendo a che si dia “seguito” al verdetto del giudice di Lussemburgo¹⁰⁹: sempre che, naturalmente, la norma eurounitaria e la sentenza che la avvalora si considerino rispettose dei “controlimiti”; ove così non sia, secondo la tesi ormai invalsa, né l’una né l’altra potrebbero trovare accoglienza in ambito interno¹¹⁰.

Più articolata, invece, la soluzione, a mio modo di vedere, dal momento che essa resta – come sempre – demandata al bilanciamento tra i valori serviti dalle norme in campo (e, perciò, a conti fatti, tra i verdetti dei giudici formati sopra le stesse). Considerandosi infatti preminente il valore della pace, dovrà farsi spazio per l’operatività della norma eurounitaria veicolata dalla pronunzia del giudice dell’Unione, *malgrado il precedente giudicato costituzionale*; di contro, considerandosi preminente il valore servito dalla norma interna (e dalla sentenza della Corte che vi dà forza), quest’ultima resisterà alla pretesa della sua disapplicazione (e, ancora di più, rimozione), *malgrado il carattere “paracostituzionale” della norma sovranazionale da essa violata e malgrado il giudicato europeo che abbia accertato la violazione stessa*¹¹¹.

¹⁰⁵ V. nuovamente la monografia di F. DAL CANTO e gli altri scritti, sopra richiamati, sul giudicato costituzionale.

¹⁰⁶ Mi sono sforzato di argomentare questa tesi nel mio *Storia di un “falso”*, cit., e in altri luoghi.

¹⁰⁷ Ma si rammenti quanto si è sopra detto circa la maggiore convenienza che la stessa Unione potrebbe avere a che, una volta che ci si sia rivolti ai tribunali costituzionali, le leggi “anticomunitarie” siano caducate con effetti *erga omnes*.

¹⁰⁸ Si è però rammentato poc’anzi che il caso non dovrebbe trovare riscontro, grazie ad un uso accorto da parte sia dei giudici comuni che della stessa Corte dello strumento del rinvio pregiudiziale.

¹⁰⁹ ... neppure per il giudizio *a quo*, eventualmente nel frattempo non ancora definito. L’incidentalità non va, infatti, intesa nel senso che, sopraggiunta la decisione di rigetto, sarebbe fatto obbligo di applicare al giudizio la legge uscita indenne dal sindacato della Consulta. Il vincolo da quest’ultimo discendente – come si sa – fa sì che, secondo l’opinione corrente (accolta dallo stesso giudice costituzionale), resta preclusa la reiterazione della questione nella stessa fase del giudizio, non già che si debba applicare la norma a suo tempo gravata del dubbio, per quanto ordinariamente così sia. Nelle more del processo costituzionale può infatti venirsi a determinare un mutamento di “situazione normativa” tale da rendere impossibile l’applicazione della legge su cui è stata sollevata la questione.

Assai più complicato, invece, il quadro, per il caso che il verdetto del giudice di Lussemburgo sopravvenga quando il verdetto del giudice comune si è già avuto ed è passato in giudicato, senza peraltro neppure escludere l’evenienza che possa ulteriormente concorrere un verdetto della Corte EDU, conforme ovvero difforme rispetto a quello dell’altra Corte europea. Di quest’ultima ipotesi tratto più avanti; della prima, invece, riguardante la sorte del giudicato comune, come già avvertito, non tratto.

¹¹⁰ Come sempre, poi, lo smistamento delle carte compete, in prima battuta, ai giudici comuni, sulle cui spalle grava la non lieve responsabilità di determinarsi circa l’eventuale superamento dei “controlimiti”, se del caso dunque chiamando in campo il giudice delle leggi (potrebbe, tuttavia, rivelarsi opportuna la soluzione di coinvolgere in sede di rinvio pregiudiziale la stessa Corte dell’Unione, sì da darle modo di mettere, se del caso, ulteriormente a punto il proprio indirizzo, prevenendo – laddove possibile – l’esplosione del conflitto).

¹¹¹ Come si è già avuto modo accennare, la soluzione è, in altri termini, quella stessa che la Corte costituzionale ha dichiarato (a partire dalla sent. n. 348 del 2007) doversi dare sul terreno dei rapporti con la CEDU, le leggi nazionali sottraendosi al vincolo della osservanza degli obblighi internazionali (e – aggiungo ora – eurounitari), ogni qual volta si dimostrino idonee a dare una più “intensa” tutela ai diritti (part., in questo senso, le sentt. nn. 311 e 317 del 2009).

Dal mio punto di vista, come si è venuti dicendo, nulla osta alla praticabilità della soluzione appena descritta anche sul terreno dei rapporti col diritto dell’Unione; avverto, tuttavia, per amore di verità, che non lo è dal punto di vista della Corte, vuoi a motivo del fatto che la Corte

Il conflitto tra giudicati – è questa la conclusione cui sento qui di dover, in via generale, pervenire – è un conflitto tra valori, in una delle sue molte, peculiari espressioni¹¹²; come tale, bisognoso di essere ripianato in applicazione della tecnica usuale del bilanciamento, che nondimeno – come si sa – può portare all’occasionale preminenza dell’uno ovvero dell’altro dei valori in campo. *I giudicati si giocano, insomma, ogni volta la partita alla pari*, per la elementare ragione che l’uno e l’altro sono espressi e “coperti” da valori fondamentali, l’apertura all’Unione (alle sue norme, al loro primato) risultando da un principio idoneo a confrontarsi su un terreno non inclinato coi principi restanti, *tutti ugualmente fondamentali*, fermo restando che le novità introdotte in ambito sovranazionale possono esse pure portare (così come effettivamente portano) a mutamenti di “situazione normativa”, tanto più rilevanti ed apprezzabili in ragione della formidabile forza prescrittiva che è loro propria.

Da ultimo, è appena il caso di osservare che, *mutatis mutandis*, la conclusione può, a mio modo di vedere, considerarsi valida anche dal punto di vista dell’Unione. Senza che se ne possa ora dire *ex professo* (e coi dovuti approfondimenti), mi limito solo a rilevare che la relativizzazione della forza del giudicato costituzionale, conseguente ad operazioni di bilanciamento secondo valore, non si ha “a senso unico”, per effetto del riconoscimento, cui la nostra Corte è chiamata, del fondamento del diritto eurounitario (e, per ciò pure, del giudicato europeo che lo esprime e garantisce) in uno dei principi fondamentali dell’ordine interno¹¹³. Anche in ambito europeo – si è sopra rilevato e si tiene ora a rammentare – tra i principi fondanti l’Europa unita in costruzione v’è il rispetto delle tradizioni costituzionali, sia di quelle “comuni” che – per ciò che qui specificamente importa – di quelle proprie del singolo ordinamento nazionale (art. 4 del trattato di Lisbona, cit.).

In ciascun ordinamento – e il punto è di estrema importanza – v’è un principio fondamentale che sancisce l’apertura all’altro (ed anzi agli altri¹¹⁴). È questa la *Grundnorm*, che è poi – come si è venuti dicendo – anche un *Grundwert*, delle relazioni interordinamentali, un vero e proprio principio di struttura, qualificante l’identità costituzionale di ciascun ordinamento. Non è, a mia opinione, un mero fatto di “tolleranza” – come pure è talora rappresentato da una sensibile dottrina, sopra già richiamata¹¹⁵ – della diversità dell’altro e della idoneità di quest’ultimo a spiegare gli effetti suoi propri anche *extra moenia*. È – di più – un fatto di bisogno incontenibile di trarre alimento e supporto dalla diversità dell’altro, le cui espressioni giuridiche maggiormente significative (segnatamente, sul terreno della salvaguardia dei diritti), tanto se normative (*stricto sensu*) quanto se giurisprudenziali, nel momento stesso in cui danno corpo e significato all’identità dell’ordinamento di appartenenza, concorrono altresì a dare corpo e significato all’identità dell’ordinamento che vi dà ospitalità, *proprio* in quanto uno dei principi di struttura di quest’ultimo si traduce nell’apertura delle mura domestiche.

Il principio qui evocato – si tiene qui a ribadire – non è, dunque, quello della *tolleranza* ma l’altro dell’*accoglienza*, che naturalmente porta alla integrazione dei materiali in campo, fino alla loro stessa immedesimazione nei fatti interpretativi e per le esigenze dei casi. Ciò che si coglie fin nelle sue pieghe nascoste, una volta che si ammetta – come a mia opinione si deve – che i verdetti delle Corti, prima

stessa ha un’idea alquanto rigida (e, diciamo pure, ingessata) dei “controlimiti”, diversamente dal carattere duttile e fluido che io vi assegno, e vuoi a motivo del fatto che, ad avviso della Corte (e, nuovamente, contrariamente al mio), la CEDU non gode di “copertura” ad opera di alcun principio fondamentale.

¹¹² Se ne ha conferma, *per tabulas*, dalla stessa disciplina degli effetti nel tempo delle pronunzie d’incostituzionalità, per il “gioco” mobile dei valori che è in essa emblematicamente rappresentato; e così, il giudicato costituzionale si arresta – come si è qui pure rammentato – davanti al giudicato civile ed a quello penale di assoluzione, in nome della certezza del diritto e del *favor libertatis* ma travolge il giudicato penale di condanna (ancora una volta, in nome del valore di libertà). La certezza del diritto, valore più volte dalla giurisprudenza riconosciuto come supremo, che – piace a me dire – sta *prima, fuori e dentro* allo stesso tempo della Costituzione, appare così qual è: un valore... *a scomparsa*, che ora prevale ed ora invece recede davanti ad altri valori, traducendosi pertanto in un limite esso pure mobile al giudicato.

¹¹³ In realtà, secondo la soluzione ormai invalsa (ed indiscussa), l’art. 11 costituisce una norma, a un tempo di valore e sulla normazione, posta a presidio della *primauté* del diritto dell’Unione; ma quest’ultimo, una volta immessosi in ambito interno, può godere (ed effettivamente gode) altresì di altre “coperture” di ordine assiologico-sostanziale, in ragione della materia trattata e, soprattutto, del modo della sua trattazione, secondo quanto si è qui tentato di mostrare con particolare riguardo alla tutela apprestata ai diritti.

¹¹⁴ Non si dimentichino, al riguardo, i riferimenti fatti sia dall’Unione che (implicitamente) dallo Stato alla CEDU, di cui si dirà a breve, e, in genere, al diritto internazionale. Ciò che – come si preciserà ulteriormente a breve – richiede da parte di ciascun ordinamento prove tangibili, quotidiane, di umiltà, di disponibilità a farsi dagli altri ordinamenti, in corposa misura ed incessantemente, alimentare e rigenerare semanticamente, proprio (e specificamente) negli enunciati in modo emblematico espressivi di valori.

¹¹⁵ V., nuovamente, O. POLLICINO, *Tolleranza costituzionale*, cit.

ancora di aprirsi ad operazioni di reciproco e paritario confronto (di bilanciamento, come usa dire), si costruiscono attingendo gli uni agli altri, per effetto di continue riletture dei documenti relativi ai diritti “preorientate” dalle acquisizioni già fatte a beneficio dei diritti stessi in altri ordinamenti.

8. *Giudicato costituzionale versus giudicato “convenzionale”*

Forse, ancora più complessa la questione per ciò che concerne il quadro ridisegnato per effetto di decisioni della Corte EDU, che di per sé – rammento – non portano alla caducazione degli atti interni, pur obbligando – laddove possibile – le autorità nazionali a rimuoverne gli effetti e, comunque, ad assicurare “un’equa soddisfazione” ai soggetti lesi dagli stessi¹¹⁶. Complessa appare la questione a motivo del fatto che, a prima vista, il superamento del giudicato costituzionale o risulta meramente apparente – così come, peraltro, propende una sensibile dottrina¹¹⁷ e così come, invero, s’è veduto essere con riguardo alla analoga questione già esaminata in merito ai rapporti con la Corte dell’Unione – oppure, giudicandosi reale il conflitto, non potrebbe in ogni caso aversi lo svuotamento degli effetti prodotti dal verdetto caducatorio della Consulta.

Torna al riguardo nuovamente in campo la teoria delle fonti, lasciando un segno marcato altresì sulla teoria dell’interpretazione, nei suoi svolgimenti al piano delle vicende processuali. Se la Corte costituzionale è, com’è, la *viva vox Constitutionis* e il luogo di chiusura in ambito interno delle dinamiche sia produttive che applicative della legge fondamentale, se ne ha che la voce proveniente da Strasburgo, per il fatto stesso di porsi in antitesi rispetto alla voce della Consulta, *per tabulas* si oppone alla Costituzione; ciò che, però, come sappiamo, la giurisprudenza inaugurata dalle pronunzie “gemelle” del 2007 non consente.

Si tenga, dunque, ancora una volta a mente la differenza rispetto ai contrasti del diritto costituzionale col diritto eurounitario e la sua vestale, la Corte di giustizia: questi ultimi possono aversi fintantoché non trovino ostacolo nei “controlimiti”, diversamente dai contrasti col diritto convenzionale (e la sua Corte), che ostano all’utilizzo di quest’ultimo come causa giustificativa di un giudizio di annullamento di legge “anticonvenzionale”¹¹⁸.

¹¹⁶ Sull’efficacia interna delle pronunzie della Corte EDU, per tutti, E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 1999; B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, cit., p. 234 ss., e lett. *ivi*; R. DE CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L’obbligo per gli Stati di “conformarsi alle sentenze definitive della Corte” EDU nella prospettiva italiana*, in *GCost*, 3/2009, p. 2191 ss.; P. GAETA, *Il dialogo della complessità. Riflessioni sparse sulla tutela multilivello dei diritti fondamentali*, relaz. all’incontro di studio su *Il sistema integrato delle fonti*, organizzato dal C.S.M., Reggio C. 30 aprile 2010, spec. par. 6 del *paper*.

Nuovamente, non mi soffermo ora sul possibile superamento del giudicato ordinario conseguente ad una pronunzia della Corte EDU, fatto oggetto – come si sa – di un numero crescente di studi, tra i quali segnalo qui, per tutti, in aggiunta all’*op. ult. cit.* di B. RANDAZZO, p. 239 ss., e ai già richiamati contributi di F. SPITALERI (a cura di), *L’incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, e di R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, V. SCIARABBA, *La “riapertura” del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *GCost*, 2009, p. 513 ss. e *La “riapertura” del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: profili di comparazione*, in *DPCE*, II/2009, p. 917 ss., nonché P. PIRRONE, *Limiti e “controlimiti” alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, in *DUDI*, 2009, p. 151 ss.

¹¹⁷ Dei conflitti tra Corte EDU e Corte costituzionale hanno, tra gli altri, trattato F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 102 ss. e A. PERTICI, *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, cit., p. 203 ss., ed *ivi* altresì riferimenti ad altri ordinamenti. In particolare, nel primo scritto si fa notare come il ricorso alla Corte europea non possa essere propriamente descritto in termini di “impugnazione” della decisione della Consulta, restando pertanto ad ogni buon conto integro il giudicato costituzionale. Accedendo tuttavia – come a mia opinione si deve (v., nuovamente, il mio *Storia di un “falso”*, cit.) – ad una più larga, ma non per ciò meno densa, accezione del giudicato costituzionale e di quanto ad esso sostanzialmente si opponga o ne costituisca (palese ovvero occulta) violazione, non sembra che possa in radice (e per ogni caso) escludersi l’eventualità del conflitto, malgrado l’una Corte sia giudice dei diritti e l’altra giudice delle leggi (e però, *proprio per ciò*, essa pure – come si sa – giudice dei diritti). Ad es., il riconoscimento di un diritto da parte del giudice europeo, fondato su una legge di cui non debba farsi più alcuna applicazione, ai sensi dell’art. 30, l. n. 87 del 1953, equivale a svuotamento del giudicato costituzionale, in deroga al disposto di cui all’art. 137, ult. c., Cost.

¹¹⁸ L’ipotesi di un vincolo discendente a carico del giudice costituzionale dalle pronunzie della Corte EDU è stata, già prima delle pronunzie “gemelle” del 2007, in radice esclusa da una sensibile dottrina, proprio a motivo del riconosciuto carattere subcostituzionale della Convenzione. Si legge, ad es., in F. SALMONI, *La Corte costituzionale, la Corte di giustizia delle Comunità europee e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 322, che «imputare alle norme CEDU l’efficacia propria delle fonti di rango primario che la recepiscono non significa altro che disconoscere la possibilità che le pronunce della Corte di Strasburgo, garantendo effettività alla Convenzione, possano vincolarla [*scilicet*: la Corte costituzionale] in qualche modo, prevalendo sulle proprie».

Questa preliminare e radicale obiezione non tiene tuttavia conto di tre cose.

La prima è che – come si tenta di mostrare – la CEDU sembra vantare una copertura non inferiore (e, anzi, persino più estesa e consistente) di quella offerta al diritto dell’Unione, una copertura che, venendo da principi fondamentali nel loro comporsi in “sistema”, rende plausibile l’ipotesi sopra formulata. Prescindendo, infatti, per il momento dagli scenari prefigurabili in relazione alla prescritta adesione dell’Unione alla CEDU (ed ai riflessi che potrebbero aversene sia al piano dei rapporti tra le Corti europee che a quello dei rapporti con le Corti nazionali) e prescindendo altresì dalla circostanza che la stessa Carta di Nizza-Strasburgo dichiara di voler essere intesa ed applicata in modo rispettoso sia delle tradizioni nazionali che, appunto, della CEDU¹¹⁹, assai gracile appare – come molti hanno fatto variamente notare – la premessa stessa del ragionamento fatto dalla Consulta con le due pronunzie “gemelle” del 2007, con le quali la “copertura” alla CEDU stessa è stata circoscritta al solo I c. dell’art. 117. Il vero è che, anche a non evocare in campo (come pure, a mia opinione, si potrebbe) l’art. 11, è proprio l’art. 2, unitamente all’art. 3¹²⁰ (e ad altri principi ancora), ad apprestare le basi più solide sulle quali poggia la Convenzione – al pari di altre Carte dei diritti – nel momento in cui spiega e riversa in ambito interno tutto il formidabile potenziale espressivo di cui è dotata, al servizio dei diritti.

La seconda (che, poi, a ben vedere, è una “variante” della prima) è che la stessa giurisprudenza costituzionale, specie nelle sue più recenti espressioni (e il riferimento è, una volta di più, alle pronunzie di fine anno 2009), ammette che dalla CEDU possa venire una tutela ancora più “intensa” ai diritti di quella offerta dalle fonti di diritto interno, una tutela che – qui è il punto – potrebbe rivelarsi diversa e accresciuta rispetto a quella proveniente da Strasburgo, *persino in rapporto al dettato costituzionale*.

La terza (e risolutiva) è che, sempre a stare all’ordine di idee patrocinato dal giudice delle leggi, le interpretazioni della Convenzione somministrate dalla Corte europea non si discutono, vincolando *tutti* gli operatori di diritto interno, Corte costituzionale inclusa, fatto salvo – come sappiamo – il caso che esse si mostrino incompatibili rispetto alla Costituzione. Ebbene, proprio con riguardo a legge annullata in nome del suo (supposto) contrasto con norma costituzionale o, ancora di più, con norma convenzionale sostanzialmente riproduttiva della prima o ancora più avanzata di essa per ciò che concerne la salvaguardia di un diritto, può immaginarsi il caso che la Corte di Strasburgo vada di diverso avviso e, perciò, si debba fare questione circa il “seguito” da dare alla pronunzia del giudice europeo.

Ora, la via dell’“equa soddisfazione” suddetta parrebbe essere l’unica percorribile con riguardo a lesioni provenienti da decisioni di accoglimento della Consulta¹²¹, quanto meno a stare alla opinione che considera definitivo ed irreversibile l’effetto caducatorio da esse prodotto. Si tratta, tuttavia, di chiedersi se la pronunzia della Corte EDU possa essere assimilata, per l’aspetto degli effetti ad essa “conseguenziali”, alle pronunzie della Corte di Lussemburgo, sì da autorizzare il legislatore a (ed, anzi, di imporgli¹²² di) ripristinare il medesimo atto (ingiustamente...) caducato, *malgrado il divieto al riguardo discendente dal giudicato*; in mancanza, come si è accennato, non rimarrebbe che la soluzione del risarcimento del danno conseguente al vuoto originato dalla pronunzia del giudice costituzionale. Ove tuttavia si acceda alla tesi secondo cui il ripristino in parola sarebbe da considerare comunque interdetto dal giudicato costituzionale¹²³, il risarcimento resterebbe l’unico rimedio praticabile, un rimedio – come si è già segnalato – di per sé non interferente con gli effetti del giudicato costituzionale, nella sua propria accezione, per quanto invero dagli effetti stessi determinato.

¹¹⁹ Ciò che potrebbe (e, anzi, dovrebbe), secondo modello, far veicolare gli indirizzi interpretativi invalsi a Strasburgo in ambito interno, per il tramite degli atti (sia normativi che giurisprudenziali) dell’Unione, obbligati a conformarvisi (ma, su ciò, ulteriori rilievi *infra*).

¹²⁰ ... specie nel suo riferimento alla dignità della persona umana, valore – come si è detto – “supercostituzionale”.

¹²¹ ... ovvero – per una ipotesi cui si farà cenno più avanti – provenienti da difettose applicazioni dei canoni relativi al “giusto processo costituzionale” (ad es., in ordine alla salvaguardia del contraddittorio, dalla nostra Corte ad oggi inteso, con riguardo a talune esperienze, in modo forse troppo rigido).

¹²² ... per quanto avverso le omissioni assolute del legislatore stesso non vi sia – come si sa – rimedio che valga. Non indugio, ovviamente, ora sull’ipotesi di integrare e correggere i meccanismi della giustizia costituzionale, ad es. introducendo un ricorso anche per carenze assolute, ad imitazione di quanto si ha in altri ordinamenti (e nello stesso ordinamento dell’Unione).

¹²³ Faccio, ancora una volta, presente di considerare, in via di principio, non consentita, *ope rei judicatae*, la riproduzione con legge di legge annullata dalla Corte.

D'altro canto, come si è già rilevato trattando dell'analoga questione riferita alle pronunzie della Corte eurounitaria, il legislatore che si determini sollecitamente a colmare il vuoto cagionato dalla decisione della Consulta non ha certo *una ed una sola* soluzione normativa idonea ad appagare il bisogno di tutela del diritto, le formule convenzionali aprendosi a raggiera a forme plurime di svolgimento positivo. Il modo insomma per normare così come sollecitato dalla Corte europea – se v'è buona volontà – si trova, *deve* trovarsi. Diverso – come s'è fatto notare – è il caso (astrattamente immaginabile) di norma convenzionale frontalmente contraria a norma costituzionale, per come ovviamente l'una e l'altra sono intese dalle rispettive Corti. In siffatta evenienza, a stare all'ordine di idee ad oggi accolto presso la Consulta, il verdetto del giudice europeo non può trovare “seguito” in ambito interno, mentre, dal mio punto di vista, la soluzione va di volta in volta ricercata in applicazione della logica consueta del bilanciamento, secondo valore.

Diverso ancora lo scenario a seguire la proposta ricostruttiva in altre sedi prospettata e qui pure ripresa, che dà modo di recuperare in ogni tempo le *disposizioni*, malgrado la caducazione di talune loro *norme*¹²⁴. Se ne ha che davanti alla nuova “situazione normativa” determinata dall'ingresso in campo della decisione della Corte di Strasburgo (e della originale soluzione interpretativa dalla stessa espressa), gli operatori in genere potrebbero sentirsi legittimati a dare alla disposizione in relazione alla quale la Corte costituzionale ha emesso una decisione di accoglimento un diverso significato, in linea con quello attribuitovi a Strasburgo¹²⁵; ciò che potrebbe fare la stessa Consulta, se nuovamente adita, ragionando appunto nel senso della diversità delle “situazioni normative” a confronto.

Così come s'è veduto per i rapporti col diritto e con la Corte dell'Unione, la via più piana è tuttavia quella che vede tutti i materiali in campo immessi in un unico circolo interpretativo che da se medesimo si ricarica e svolge, intendendosi pertanto gli stessi enunciati costituzionali relativi ai diritti alla luce della Convenzione, così come questa alla luce di quelli¹²⁶.

Quanto, poi, alle pronunzie di rigetto della Corte costituzionale contraddette da pronunzie della Corte EDU, si tratta di un'ipotesi non irrealizzabile¹²⁷, per quanto si debba nuovamente avvertire che attraverso un uso adeguato degli strumenti d'interpretazione l'ipotesi stessa potrebbe (e dovrebbe) essa pure essere fugata¹²⁸.

¹²⁴ Torna, come si vede, ad affacciarsi un argomento già svolto (ancora da ultimo, sul terreno dei rapporti con l'Unione europea).

¹²⁵ Questa eventualità parrebbe esclusa nel caso che la Corte EDU abbia ricavato dalla disposizione in parola la *medesima* norma ricavata dalla Consulta, giudicandola tuttavia in pieno rispondente alla Convenzione ed, anzi, rispetto a questa servente. Conformandosi alla Corte europea gli operatori, allo stesso tempo, farebbero applicazione di una norma che ha ormai perso efficacia (art. 136 Cost.) e che, proprio per ciò, non può più essere applicata (art. 137, ult. c.). L'ipotesi sembra nondimeno altamente improbabile.

¹²⁶ Le formule relative ai diritti, siano esse contenute nella CEDU così come nella Carta costituzionale – sta scritto in un citatissimo passo della sent. n. 388 del 1999 – «si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione».

Si ripropone, nondimeno, ora la spinosa questione relativa alla possibilità di sottoporre la Convenzione a riletture costituzionalmente orientate. Che ciò possa (e debba) aver luogo per mano della stessa Corte EDU, chiamata a puntare ed a tenere fisso lo sguardo altresì sulle “tradizioni costituzionali”, oltre che sulle enunciazioni concernenti i diritti fatte dalla Corte dell'Unione europea e sulle previsioni contenute nella Carta di Nizza-Strasburgo, è fuor di dubbio; assai più controversa (e complessa) è, invece, l'ipotesi che ciò possano fare i giudici nazionali, distaccandosi dagli orientamenti invalsi presso la Corte EDU (rimando su ciò alle notazioni dietro svolte). Non si trascuri, tuttavia, quanto si è dietro già osservato (con richiamo ad un rilievo di U. De Siervo) con riguardo alla riserva fatta dalla Corte costituzionale a se stessa in merito all'accertamento della specificità delle sentenze della Corte EDU e, dunque, all'eventuale riscontro della loro estraneità rispetto al caso: a conferma – piace a me dire – della diversità di “situazioni normative” oggetto di decisione, rispettivamente, in ambito europeo e in ambito nazionale.

¹²⁷... tanto più qualora, riprendendo una risalente e ciclicamente ricorrente proposta, dovesse anche da noi un domani aversi un ricorso diretto del singolo alla Corte costituzionale a tutela dei diritti fondamentali, come opportunamente segnalano F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 107 ss. e A. PERTICI, *op. et loc. ult. cit.*, che pure distinguono il caso di ricorso alla Corte europea originato da una pronunzia di rigetto del giudice costituzionale da quello che oggetto del ricorso stesso sia proprio la lesione di un diritto fondamentale nel processo costituzionale (i due casi, peraltro, possono confluire l'uno nell'altro e perciò praticamente coincidere). Sta di fatto che, ove si ammetta l'efficacia vincolante nei riguardi della stessa Corte costituzionale delle sentenze della Corte EDU originate da mancanze relative al “giusto processo costituzionale”, le regole che governano i giudizi di costituzionalità (ad es., per ciò che concerne il contraddittorio) risulterebbero, in una non secondaria misura, sostanzialmente riscritte *sotto dettatura*. Sui riflessi, sia positivi che negativi, che potrebbero aversene si rende necessario un supplemento di riflessione, in un luogo a ciò specificamente dedicato.

¹²⁸ È opinione di B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, cit., p. 249, che l'ipotesi del conflitto sia «prevalentemente teorica», siccome ristretta alla sola evenienza di una disciplina legislativa giudicata a Strasburgo contraria alla Convenzione e, di contro, ritenuta dalla nostra Corte «costituzionalmente necessaria». Non sembra, però, che il caso si abbia unicamente in presenza di norme di legge – come usa chiamarle – *costituzionalmente obbligatorie* o *imposte*, come tra l'altro testimoniano gli esempi addotti negli scritti sopra richiamati (e, part., in quello di A. Pertici).

Un caso assai interessante si è proprio di recente avuto per effetto di una pronuncia della Corte EDU del 1° aprile 2010 (*S.H. e altri c. Austria*)¹²⁹. Il tribunale costituzionale austriaco aveva respinto il ricorso di alcuni soggetti volto al riconoscimento della procreazione eterologa con modalità non consentite dalla legge austriaca; nella circostanza, peraltro, era stata denunciata altresì espressamente la violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU. Con la decisione sopra richiamata, la Corte di Strasburgo rileva la discriminazione subita dai ricorrenti ed accerta la lesione dei disposti suddetti della CEDU.

Qui dovremmo ripetere ciò che si è sopra detto in relazione all'analoga questione sul terreno dei rapporti col diritto dell'Unione; la qual cosa, ovviamente, ora non si farà. Esclusa, dunque, in siffatta evenienza, per l'opinione corrente, la violazione del giudicato costituzionale, si avrebbe comunque l'obbligo per il legislatore di rimuovere sollecitamente l'atto legislativo "anticonvenzionale" e, per la stessa Corte costituzionale, di caducarlo alla prima occasione utile¹³⁰.

Il punto però sta proprio qui: si può dire che autorità esterne possono impartire "ordini" al giudice delle leggi?

Credo che, così impostato nei suoi termini essenziali, il problema sarebbe in realtà male... *impostato*.

Va preliminarmente tenuto conto del fatto che la questione a suo tempo giudicata dalla Corte costituzionale (e che ha indotto quest'ultima a mandare assoluta la legge) e la questione giudicata dalla Corte EDU potrebbero essere (come il più delle volte sono), almeno in parte, diverse; in particolare, che nel primo caso non sia stata evocata la violazione di norma convenzionale, quindi denunciata davanti al giudice europeo. Il conflitto è invece frontale (e reale) nel caso, sopra ad altro riguardo già preso in esame, che sia stato denunciato davanti al giudice delle leggi proprio ed esclusivamente il mancato rispetto da parte della legge nei riguardi della Convenzione, tuttavia non dichiarato e solo successivamente accertato dal giudice europeo¹³¹. Ed è allora da chiedersi se possa considerarsi rispondente a modello che la Corte costituzionale "converta", non appena gliene sia data l'opportunità, l'originaria decisione di rigetto in una di accoglimento.

La dottrina (e la giurisprudenza) corrente dicono che questo è sempre possibile; la questione invece appare non poco problematica se riguardata dalla prospettiva a me congeniale, che vede le stesse decisioni di rigetto idonee a produrre, limitatamente alla "situazione normativa" di riferimento, la cosa giudicata.

Ancora una volta, tuttavia, le due posizioni possono convergere nell'esito, se si conviene a riguardo del fatto che le stesse pronunzie della Corte EDU sono idonee a produrre un mutamento complessivo di quadro. Per quanto infatti non "normative" (nello stesso senso in cui lo sono quelle della Corte di Lussemburgo), esse pure producono obblighi in ambito interno e, *per ciò solo*, possono dunque alterare la situazione preesistente. Se ne ha che la successiva decisione della nostra Corte che "converta" il precedente giudicato nel suo opposto, solo in apparenza può entrare in rotta di collisione

¹²⁹ Lo si può vedere illustrato da G. GRASSO, *Sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento integrato*, relaz. all'incontro di studio su *Il sistema integrato delle fonti*, cit.

¹³⁰ Non mi risulta che la questione sia tornata davanti al giudice austriaco delle leggi; nondimeno, non è la stessa cosa che si abbia – come nel caso *S.H. e altri* – un conflitto tra le Corti in assenza di giurisprudenza pregressa di Strasburgo e che invece esso risulti per effetto di un atteggiamento di consapevole contrapposizione alla giurisprudenza stessa tenuto dal tribunale costituzionale. Nell'un caso, infatti, il giudice nazionale si è direttamente ed esclusivamente confrontato con la Convenzione; nel secondo, con la stessa così come intesa e praticata dal suo giudice naturale, la Corte di Strasburgo. Non poco rilievo è poi da assegnare alla circostanza per cui si è talora in presenza di un solo verdetto della Corte suddetta, come tale suscettibile di successivi aggiustamenti, non ancora divenuto "diritto vivente" insomma. Infine, non si dimentichi che in congiunture quali quelle evocate nel testo può presentarsi l'ardua questione relativa alla sorte dei giudicati comuni eventualmente formati a seguito della decisione di rigetto del giudice costituzionale e prima della contraria decisione del giudice EDU.

¹³¹ Come si è poc'anzi segnalato (con richiamo alla diversa opinione sul punto espressa da F. Dal Canto), qualora il ricorso alla Corte europea abbia per oggetto la decisione della Corte costituzionale, il ricorso stesso parrebbe inibito dall'ult. c. dell'art. 137 Cost. Nulla tuttavia esclude che esso sia ugualmente presentato e giudicato ammissibile dalla Corte EDU, che tra l'altro – non si dimentichi – nella sua giurisprudenza include gli stessi tribunali costituzionali tra le autorità giudicanti di diritto interno davanti alle quali vanno presentate le istanze volte ad ottenere tutela per i diritti, prima di rivolgersi alla Corte stessa.

Altro ancora è, poi, il caso che si diano preesistenti pronunzie della Corte EDU rimaste prive di ascolto davanti alla Consulta, malgrado quest'ultima abbia in generale e ripetutamente affermato di doversi conformare al "diritto convenzionale vivente". Un caso, però, esso pure alquanto remoto, come pure non frequente è – a quanto pare – quello della mancata esistenza di precedenti decisioni prese a Strasburgo. Come si vede, i margini entro cui possono trovare riscontro le ipotesi prese in esame nel testo sono oggettivamente contenuti.

con se medesima, essendo nel frattempo mutati i materiali in campo, quei materiali di cui la stessa Corte è obbligata a tenere conto se nuovamente adita¹³².

Se poi ugualmente dovesse ragionarsi nell'ordine di idee della collisione dei giudicati, la "conversione" in parola potrebbe ugualmente rinvenire giustificazione – come si è dietro osservato a riguardo dei rapporti con le decisioni della Corte di Lussemburgo – in presenza di una diversa combinazione dei valori in campo, sollecitata dalla pronuncia della Corte EDU e riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale ancora più idonea della precedente a servire la tavola assiologica *magis ut valeat*.

Riportati i diritti della CEDU e quelli della Carta costituzionale ad una matrice essenzialmente unitaria, è giocoforza ammettere – come si è venuti dicendo – che essi possano partecipare, su basi paritarie, ad operazioni di bilanciamento. I conflitti tra i diritti, risolvendosi *ipso iure* in un conflitto del principio fondamentale di "copertura" con... *se stesso*, non possono infatti che essere ripianati in ragione del caso, per il modo con cui il caso stesso è illuminato dall'intera tavola dei valori (e – come si è appena detto –, a conti fatti, dal *Grundwert* della dignità).

E, invero, quando una Carta (possiamo ormai dire: costituzionale e non) *riconosce* (in senso proprio) un "bene" di per sé ad essa estraneo, per un verso, si inchina davanti ad esso, dichiara insomma la propria arrendevolezza nei suoi riguardi; per un altro verso, però, facendolo proprio, vi dà forza (e, con esso, dà forza a se stessa, rigenerandosi nella sua stessa struttura costitutiva), una forza invero formidabile laddove il riconoscimento è, come a me appare essere, opera di un principio fondamentale, anzi dell'intero "sistema" dei principi relativi ai diritti.

9. Questioni di sostanza e di procedura assieme: alcuni "casi difficili"

Le notazioni ancora da ultimo svolte si prestano ad una succinta riflessione finale, con lo sguardo puntato verso l'orizzonte dei rapporti tra gli ordinamenti (e le loro Corti), nell'intento di coglierne i possibili, prossimi sviluppi. Prima però di dirne, con la sintesi imposta a questa riflessione, occorre avvertire che la "copertura" offerta dalla Carta costituzionale alle altre Carte, tanto più se fatta risalire – per la proposta ricostruttiva qui caldeggiata – a principi fondamentali dell'ordinamento, pone in evidenza alcuni "casi difficili" che possono aversi, anche in circostanze non remote, dei quali occorre dunque avere piena consapevolezza, al fine di non trovarsi impreparati in occasione del loro riscontro.

9.1. *Quale tecnica mettere in campo per ripianare i conflitti tra leggi e norme CEDU coincidenti con norme della Carta di Nizza considerate idonee ad essere portate ad immediata applicazione?*

Il primo caso concerne il rilievo da dare alla Carta di Nizza-Strasburgo, a seguito della sua entrata in vigore¹³³, con specifico riferimento al caso di suoi enunciati che esibiscano identità di formulazione o, quanto meno, sostanziali assonanze rispetto alle corrispondenti previsioni della

¹³² Come che si ricostruiscano i rapporti tra le Corti, è fuor di dubbio che il giudice delle leggi – al pari, per questo verso, di ogni altro giudice – non può considerarsi sgravato dell'onere di "tener conto" delle pronunzie delle altre Corti (e, dunque, anche di quella europea) laddove incidenti sul caso. Il quadro, insomma, subisce comunque un'alterazione, ora più ed ora meno significativa, per effetto del verdetto adottato a Strasburgo; altra cosa, di cui ora si ragiona, è quale uso si possa ovvero debba fare di quest'ultimo. Ed è interessante notare che la decisione in ambito interno non può che venire dalle stesse autorità in esso operanti; solo che la decisione stessa può essere pur sempre causa di ulteriori ricorsi a livello europeo. Il "gioco" tra le Corti – come si vede – rimane sempre aperto, come in una partita di *ping pong* in cui nessun giocatore sbaglia mai un colpo, perlomeno fino a quando le Corti stesse non rinvengano un accomodamento da tutte giudicato appagante.

¹³³ Il punto è variamente toccato da molti autori, ma non sotto lo specifico aspetto e dal peculiare angolo visuale di cui si fa ora parola nel testo (indicazioni, di recente, in N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2009, p. 653 ss. e P. SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea*, in *RIDPC*, 2009, p. 855 ss.).

Convenzione¹³⁴; la qual cosa ricorre – come si sa – non di rado¹³⁵, senza peraltro escludere l'eventuale, non improbabile convergenza rispetto a previsioni della Costituzione¹³⁶.

Ora, ove ci si disponga nell'ordine di idee secondo cui almeno alcuni enunciati della Carta appaiono suscettibili di immediata applicazione¹³⁷, le norme di diritto interno con essi confliggenti, in quanto incompatibili con norme dell'Unione *self-executing*, richiederebbero di essere subito “non applicate”, mentre, in quanto incompatibili con la CEDU, vorrebbero essere portate al giudizio della Corte costituzionale¹³⁸. Dandosi la precedenza all'una specie di antinomia e considerata la consistenza delle sovrapposizioni in parola, il rischio (o la speranza...) è che il meccanismo del sindacato accentrato sulle leggi “anticonvenzionali” risulti praticamente svuotato o, quanto meno, fortemente ridimensionato nelle sue concrete applicazioni¹³⁹. Dandosi, invece, rilievo all'altra specie di antinomia, il meccanismo preposto alla composizione delle antinomie col diritto dell'Unione verrebbe completamente snaturato, in fin dei conti accantonato.

Si dirà che forse qui si esaspera una questione in realtà insussistente o, quanto meno, di remota probabilità di riscontro. La natura materialmente costituzionale delle dichiarazioni relative ai diritti inducono a pensare che possa al riguardo valere la “logica” usualmente applicata ai casi di leggi che manchino di rispetto alle norme sui diritti della Carta costituzionale. Chi però ha familiarità con gli indirizzi invalsi a Lussemburgo sa quanto è forte la tendenza del giudice eurounitario a dichiarare l'immediata applicabilità di norme degli stessi trattati (e, dunque, della Carta dei diritti).

Ebbene, in una circostanza quale quella cui si fa ora riferimento parrebbe doversi dare rilievo alla natura della fonte di cui di volta in volta si denunzi la violazione, da lì dunque discendendo l'attivazione del meccanismo di garanzia con essa congeniale. Non è però chi non veda come il ragionamento non tenga fino in fondo. Impugnata la norma legislativa interna per violazione della CEDU, balzerebbe comunque subito all'occhio l'inammissibilità della questione conseguente alla mancata “non applicazione” della norma stessa per far quindi posto alla norma della Carta di Nizza-

¹³⁴ L'ipotesi che ora si fa presupporre che la disciplina interna, a un tempo anticonvenzionale e anticomunitaria, ricada in ambito di competenza dell'Unione, risultando altrimenti esclusa l'operatività della Carta dei diritti dell'Unione stessa. E, tuttavia, si tenga a mente la tendenza della giurisprudenza eurounitaria a far dilatare sempre di più l'area della competenza suddetta (su ciò, per tutti, M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *Id* (a cura di), *I diritti in azione*, cit., p. 13 ss.); ciò che rende sempre più frequente il riscontro dell'ipotesi ora ragionata. È appena il caso di precisare che questo rilievo vale, ovviamente, anche per i restanti “casi difficili”, di seguito illustrati.

¹³⁵ Ovviamente, rilevano non tanto i dati testuali quanto gli indirizzi sopra di essi affermatasi, in ragione delle peculiari esigenze proprie degli ordinamenti di appartenenza. Ciò nondimeno, si tenga presente, per il rilievo che assume *ex parte Unionis*, il quadro delle corrispondenze (che può vedersi in B. NASCIBENE, *Unione Europea Trattati. L'Europa in movimento*, Torino, 2010, p. 396) contenuto in una delle “spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali”, la n. 52, malgrado la dubbia fedeltà – almeno in qualche punto – della rappresentazione in esso data (sul valore delle “spiegazioni” in parola, v., nuovamente, lo scritto sopra cit. di P. SANDRO).

¹³⁶ ... specie per il modo con cui è stata (ed è) caricata di sensi continuamente rinnovati dalla giurisprudenza.

¹³⁷ La questione chiaramente non si pone nel caso che le norme della Carta si considerino prive dell'attitudine ad essere subito applicate, obbligato risultando allora il passaggio dalla Consulta.

¹³⁸ Faccio ovviamente qui riferimento al caso che, al momento in cui il giudice nazionale è chiamato a pronunciarsi, siano già chiaramente visibili entrambe le norme europee in considerazione, vale a dire che figurino ben delineati gli indirizzi interpretativi delle Corti europee. Viceversa, nel caso che una sola di esse abbia avuto modo di pronunciarsi, il problema risulterebbe in buona sostanza ridimensionato, dovendosi pertanto fare applicazione del regime proprio, rispettivamente, dell'ordinamento eurounitario e dell'ordinamento convenzionale.

Le cose poi si complicano non poco nel caso che una delle Corti abbia già dato vita ad un “diritto vivente” e l'altra invece no, riproponendosi la questione di ordine generale relativa ai luoghi e ai modi di siffatti accertamenti, problematicamente riconoscibili in via esclusiva al giudice nazionale (che, peraltro, al riguardo dispone di uno strumento istituzionale di “dialogo” con la Corte eurounitaria, il rinvio pregiudiziale, di cui è – come si sa – privo sul fronte dei rapporti con la Corte EDU). È poi chiaro che il verdetto del giudice nazionale è pur sempre soggetto a sindacato davanti sia all'una che all'altra Corte europea.

¹³⁹ ... e parimenti svuotato il sindacato accentrato per il caso che la norma-parametro si ritrovi tale e quale nella stessa Costituzione. Si ponga mente, sia pure solo per un momento, al fatto che la violazione della Carta costituzionale, dapprima sanzionata con le forme consuete del giudizio di costituzionalità, viene quindi ad esser diversamente sanzionata (con la tecnica della “non applicazione”), per effetto della sovrapposizione della norma eurounitaria. Il rischio (o la speranza...) che possa man mano avocarsi sempre più in alto il giudizio (in senso sostanziale) sulle leggi è di tutta evidenza. *Proprio per ciò*, tuttavia, la giurisprudenza di diritto interno (costituzionale e non) è sollecitata a dar fondo a tutte le risorse culturali di cui dispone per affrontare a viso scoperto la competizione con le Corti europee, le giurisprudenze tutte immettendosi in un circolo che può commutarsi da (potenzialmente) vizioso in virtuoso unicamente laddove ciascuna sede giurisdizionale si disponga a farsi alimentare, senza riserva o pregiudizio alcuno, dalle restanti, finalmente rendendosi persuasa che è proprio così che si esalta e realizza appieno.

Strasburgo identica a quella convenzionale violata¹⁴⁰. E, invero, forse proprio qui sta la soluzione da preferire: nella precedenza da dare al modulo dell'applicazione diretta della norma di origine esterna rispetto al modulo che perviene, a conti fatti, allo stesso esito, passando per il giudizio di annullamento della norma nazionale con essa incompatibile. E ciò – si badi – non già perché la violazione degli obblighi comunitari sia da considerare più “grave” della violazione degli obblighi internazionali. L'art. 117, I c., non fa luogo ad una graduazione dei vizi, tutti comunque (sia pure in modo mediato) d'incostituzionalità¹⁴¹. La preferenza per la soluzione dell'applicazione diretta sembra piuttosto poggiare su un duplice argomento, di ordine logico e di ordine assiologico.

Per il primo aspetto, rileva la circostanza per cui, con l'entrata in vigore della Carta richiamata dal Trattato di Lisbona, le previsioni della stessa, immettendosi in ambito interno, si dimostrano in tesi idonee a prendere subito il posto delle corrispondenti norme nazionali (persino costituzionali¹⁴²); di modo che non v'è più spazio per questioni di costituzionalità, dirette o indirette che siano. E, invero, grazie al meccanismo della “non applicazione” delle norme nazionali che siano, a un tempo, anticonvenzionali e anticomunitarie, le pretese di *primauté* del diritto dell'Unione sono appagate, nel mentre il diritto convenzionale è, a sua volta, messo al riparo dall'attacco che gli sia mosso dalla legge, pur se non con effetti *erga omnes*¹⁴³. Di contro, ove si battesse la via del giudizio di costituzionalità, la Convenzione potrebbe essere salvaguardata, col costo tuttavia di una insanabile violazione del diritto dell'Unione, privato degli effetti diretti suoi propri.

Di qui, la conferma dell'idea secondo cui, quanto più dovesse farsi un uso “forte”, massiccio, della Carta di Nizza nelle esperienze processuali, tanto più naturalmente verrebbero a crescere gli elementi di giustizia diffusa, contraendosi proporzionalmente quelli di carattere accentrato (unicamente, però, nella dimensione nazionale; in realtà, allo stesso tempo, si assisterebbe ad una marcata sottolineatura del sindacato accentrato, nelle forme che esso assume presso la Corte dell'Unione)¹⁴⁴.

Per il secondo aspetto (che, poi, se ci si pensa, è il risvolto del primo), la soluzione adesso prospettata appare la più adeguata a servire la causa della integrazione sovranazionale; e non si dimentichi, peraltro, che la stessa Consulta considera il ricorso al giudizio di costituzionalità meritevole di essere praticato unicamente in via sussidiaria, non riuscendo altrimenti il giudice a definire il caso che gli è sottoposto (ad es., grazie all'interpretazione conforme).

¹⁴⁰ Il principio *iura novit curia* vale, insomma, anche nella dimensione dei rapporti interordinamentali. Ricordiamoci, ancora una volta, del caso *Filipiak*: il tribunale costituzionale polacco – potrebbe dirsi – non ha di certo fatto una bella figura apponendo un termine di *vacatio* alla sua sentenza, dimentico della esistenza della norma dell'Unione che avrebbe potuto subito prendere il posto della norma nazionale. A sua giustificazione, può tuttavia addursi la circostanza per cui la norma subito spendibile è stata “scoperta” (o, diciamo pure, “inventata”) dalla Corte dell'Unione in un tempo successivo (non è però questa – come si diceva – l'ipotesi ora ragionata nel testo).

¹⁴¹ Una qualifica, questa, che mantiene pur sempre un suo senso complessivo, malgrado le antinomie con norme dell'Unione *self-executing* debbano – a giudizio della Corte costituzionale e dei suoi seguaci – essere inquadrate al di fuori dello schema dell'invalidità. Sta di fatto che il giudice nazionale può considerarsi sgravato dell'obbligo di applicare la legge “anticomunitaria” unicamente in forza della “copertura” offerta dalla Carta al diritto sovranazionale: il contrasto con quest'ultimo, perciò, si traduce pur sempre in un contrasto con la norma costituzionale di “copertura”.

¹⁴² Si fa ora l'ipotesi che non entrino in campo i “controlimiti”; ciò che – come si è venuti dicendo – deve nondimeno essere accertato dall'operatore in relazione al caso. L'ipotesi è, insomma, che le Carte europee offrano una equivalente o, addirittura, più “intensa” tutela (rispetto a quella costituzionale) al diritto in gioco.

¹⁴³ Una differenza, questa tra la mera “non applicazione” e l'annullamento, chiaramente non da poco; sta di fatto, però, che non si fa utilizzo per le esigenze del caso della norma anticonvenzionale. Piuttosto, è interessante notare che, in una congiuntura quale quella descritta nel testo, uno stesso documento normativo (nella specie, la CEDU) può esibire norme garantite con tecnica diversa (rispettivamente, la “non applicazione” e l'annullamento di norma interna con esse incompatibile). La qual cosa, peraltro, è strana solo fino ad un certo punto: la stessa CEDU potrebbe contenere norme “razionalizzatrici” di consuetudini internazionali, risultando pertanto “graduata” la forza attiva dalla stessa complessivamente posseduta, secondo quanto è peraltro ammesso dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Sono le *norme*, e non – come si è già avvertito – le *fonti* (o le *forme*), per ciò che esse stabiliscono e, dunque, per il modo con cui si riportano, a un tempo, a fatti e valori, a comporre e scomporre senza sosta il “sistema”; e, a questo fine, come si è venuti dicendo, un ruolo di prima grandezza giocano le Corti, caricando di sensi continuamente cangianti e rinnovati gli enunciati coi quali lavorano.

¹⁴⁴ Non si trascuri che – al di là del carattere ora più ed ora meno vincolante che si assegni alle pronunzie della Corte dell'Unione – il fatto stesso che a quest'ultima sia offerta l'opportunità di far sentire la propria voce, concorrendo variamente alla formazione ed all'incessante aggiornamento degli indirizzi giurisprudenziali delle altre Corti, è indice di “accentramento” nei giudizi riguardanti i diritti: un “accentramento” che alle volte è meramente culturale, altre anche positivo. Il punto, ad ogni buon conto, merita un supplemento di riflessione che dovrà farsi in altra occasione.

9.2. *E, ancora, che fare con riguardo al caso di norma CEDU giudicata contraria a Costituzione e però sostanzialmente corrispondente a norma della Carta di Nizza non lesiva di “controlimiti”?*

La conclusione ora dubitativamente affacciata aiuta a vedere sotto la giusta luce il secondo dei “casi difficili”, cui si fa adesso cenno e che si ha con riguardo a norma CEDU considerata incostituzionale, identica a norma della Carta di Nizza non contraria a “controlimiti”¹⁴⁵. Ed è allora da chiedersi se abbia senso che una norma convenzionale sia passibile di annullamento laddove identica a norma dell’Unione cui invece si debba dare immediata applicazione.

Ancora una volta, dunque, pur laddove la questione dovesse espressamente ed esclusivamente appuntarsi sulla norma convenzionale, il giudice costituzionale (e, prima di lui, il giudice comune) non potrebbe – a quanto pare – ignorare il naturale, diretto coinvolgimento della norma eurounitaria, regolandosi di conseguenza.

9.3. *E, infine, che fare in presenza di conflitti tra norme delle Carte europee (e, perciò, tra i giudicati delle rispettive Corti)?*

Può poi immaginarsi – ed è il terzo “caso difficile” – un conflitto tra Convenzione e Carta di Nizza, per quanto la seconda dichiara – come si sa – di voler essere intesa ed applicata in linea con la prima. Il conflitto tuttavia (che poi è, come sempre, un conflitto tra giudicati europei e, se del caso, di questi con giudicati nazionali¹⁴⁶) può aversi ogni qual volta all’interpretazione di una disposizione della Carta dapprima data a Lussemburgo subentri una diversa ed incompatibile interpretazione data a Strasburgo¹⁴⁷.

La questione rischia allora di presentarsi come irrisolvibile¹⁴⁸, a meno che non si reperi l’operatore nazionale sgravato dell’obbligo di osservanza del giudicato eurounitario per effetto del sopravveniente e contrario giudicato EDU¹⁴⁹. L’esito opposto potrebbe immaginarsi per il caso che il giudice nazionale ritenga essere maggiormente “intensa” la tutela al diritto offerta a Lussemburgo rispetto a quella data a Strasburgo. Una conclusione, questa, a mia opinione praticabile ma con molto disagio e non senza rischi¹⁵⁰, specificamente per il caso che il giudizio emesso dalla Corte dell’Unione non sia espressamente richiamato (e “sanzionato”) dalla Corte EDU¹⁵¹. D’altro canto, l’ipotesi della “non applicazione” del verdetto del giudice eurounitario può, in via generale, addurre a proprio sostegno il principio del vincolo espresso dallo stesso diritto dell’Unione nei riguardi di *tutti* i giudici e degli interpreti in genere (a Lussemburgo così come nelle sedi nazionali) a leggere la Carta di Nizza in linea con la CEDU. Una soluzione che tuttavia, per un verso, obbligherebbe a discostarsi dal verdetto della Corte di giustizia, mentre, per un altro verso, il verdetto stesso, *per il solo fatto di esservi*, non

¹⁴⁵ L’ipotesi – come si è dietro veduto – appare invero remota, a motivo del fatto che le norme aventi origine esterna relative ai diritti naturalmente si confrontano, a quanto sembra, con norme costituzionali portatrici di “controlimiti”. La stessa giurisprudenza costituzionale, tuttavia, non esclude l’eventualità ragionata nel testo, avendo dichiarato l’obbligo della CEDU di conformarsi ad ogni norma costituzionale, sia o non sia espressiva di un principio fondamentale.

¹⁴⁶ Faccio ora rimando all’analisi, dietro svolta, dei conflitti tra giudicato costituzionale e giudicato eurounitario da un canto, giudicato EDU dall’altro.

¹⁴⁷ Non è, però, neppure da scartare in partenza l’idea che la giurisprudenza EDU preceda l’emissione del verdetto della Corte dell’Unione che mostri di ignorare il primo o, come che sia, da esso in maggiore o minore misura si discosti.

¹⁴⁸ ... dal momento che – come si è già rammentato – il vincolo per gli operatori di diritto interno vale in ordine alla osservanza tanto degli obblighi internazionali che degli obblighi eurounitari.

¹⁴⁹ Ritiene, di contro, che in una congiuntura siffatta sia sempre da considerare illegittima la norma CEDU, a meno che la contraria norma dell’Unione non appaia lesiva dei controlimiti, C. PANZERA, *Il bello dell’essere diversi. Corte costituzionale e Corti europee ad una svolta*, in C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/ 2007 della Corte costituzionale*, cit., p. 250 s. Una evenienza, questa, certamente riscontrabile ma che non sembra, appunto, essere la sola possibile.

¹⁵⁰ È infatti da mettere in conto l’eventuale, non improbabile attacco avverso la decisione del giudice comune davanti alla Corte EDU, dallo stesso giudice “maltrattata”. Forse, perciò, converrebbe al giudice guardarsi le spalle sollevando una questione di legittimità costituzionale nei riguardi della norma convenzionale e facendosi pertanto scudo del verdetto della Consulta (ho discusso questo punto, su cui nondimeno mi sento insicuro, con R. Conti).

¹⁵¹ Acquista qui particolare rilievo – come si vede – la prospettiva aperta dall’adesione dell’Unione alla Convenzione, con la eventualità da essa implicata che gli stessi verdetti della Corte di giustizia siano attaccati davanti alla Corte EDU.

potrebbe restare ineseguito¹⁵². La qual cosa, poi, se ci si pensa, una volta di più porta alla luce le strutturali carenze di una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta, la fonte più "forte" in ambito interno, quella eurounitaria (dotata di forza "paracostituzionale"), potendo trovarsi a dover cedere il passo – per la tesi ora ragionata – a quella meno "forte" (convenzionale)¹⁵³. Con l'ulteriore conseguenza per cui norme interne contrarie alla seconda dovrebbero essere sanzionate – giusta la giurisprudenza ormai invalsa – col meccanismo della loro caducazione ad opera del giudice delle leggi.

Non meno complicato è, però, il caso inverso: che sia il giudicato eurounitario a sopravvivere, urtandolo, rispetto al giudicato convenzionale. Per quanto la CEDU debba essere rispettata (e, in tesi, non lo sia stata), è assai problematico ritenere che il verdetto della Corte di Lussemburgo possa essere messo disinvoltamente da canto dall'operatore nazionale, per effetto di una sua propria (magari, originale) valutazione¹⁵⁴. Né si escluda, ovviamente, l'evenienza che, a causa di siffatto accantonamento, si apra una procedura d'infrazione davanti al giudice eurounitario. Neppure, però, si potrebbe dare a cuor leggero esecuzione al verdetto di quest'ultimo, per ciò stesso venendosi meno agli obblighi derivanti dalla Convenzione. Ancora una volta, è poi da riconoscere che la soluzione della questione potrebbe risultare agevolata dall'adesione dell'Unione alla CEDU, per effetto della quale sarebbe lo stesso diritto dell'Unione a pretendere per sé rispetto a condizione che si dimostri conforme alla Convenzione stessa¹⁵⁵; e, tuttavia, è lecito dubitare che fintantoché l'atto dell'Unione, pure nella sua veste più "nobile" (apprestatagli dal verdetto della Corte di giustizia), non sia *in modo diretto* portato al giudizio della Corte EDU¹⁵⁶ possa essere *motu proprio* accantonato dall'operatore nazionale; può, cioè, dubitarsi che sia esclusivamente rimesso a quest'ultimo un accertamento di sì rilevante delicatezza, non preceduto e sorretto dal giudizio della Corte di Strasburgo (o della stessa Corte dell'Unione).

La verità è che da questo tunnel non se ne esce (o se ne esce comunque con le ossa rotte), in applicazione di schemi di formale fattura. Una volta di più, infatti, solo una prospettiva d'ispirazione assiologico-sostanziale può avviare lungo il giusto verso la soluzione di casi comunque sofferti, bisognosi più degli altri di essere presi in cura condivisa da più Corti, sollecitate a produrre sforzi plurimi e congiunti in vista dell'appagamento degli interessi in campo. Dal mio punto di vista, infatti, per un verso, 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; per un altro verso, poi, la sintesi stessa – non mi stancherò di ripetere – si consegue ed appaga proprio prevenendo i conflitti, anziché riconoscendone l'esistenza.

9.4. Quale "morale" è possibile trarre dai casi esaminati?

Gli scenari ora evocati ci insegnano, a mia opinione, tre cose.

¹⁵² Non si dimentichi che la Corte di Lussemburgo è la *viva vox* della Carta dei diritti dell'Unione. Il vero è che qui il cortocircuito viene a determinarsi a motivo del fatto che uno stesso diritto prende, in tesi, corpo in modi diversi e reciprocamente inconciliabili, rispettivamente, a Lussemburgo ed a Strasburgo: ad ulteriore conferma che il primo luogo in cui operare per risanare i conflitti è proprio quello in cui si ambientano e svolgono i rapporti tra le Corti europee. Sta di fatto che, in una congiuntura siffatta, l'operatore nazionale è davvero messo in croce, non sapendo più dove volgere lo sguardo per restare fedele al principio che vuole, a un tempo, la Carta dell'Unione intesa e praticata così come l'intende e pratica il suo giudice "naturale", in seno all'ordinamento di appartenenza, e la Convenzione applicata quale la intende e pratica il giudice EDU. Forse (nei limiti in cui sia praticabile), una via di fuga potrebbe essere ancora una volta rappresentata dal ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale, che offrirebbe alla stessa Corte dell'Unione l'opportunità di rimettersi in asse rispetto alla Corte EDU. Peccato che – come si diceva – non esista un analogo raccordo sul fronte dei rapporti con quest'ultima Corte.

¹⁵³ Il paradosso sta infatti proprio qui: che, secondo le indicazioni date dalla teoria delle fonti, dovrebbe avere la precedenza la fonte più "forte" (la Carta dell'Unione) rispetto a quella meno "forte" (la Convenzione), così come interpretate dalle rispettive Corti, nel mentre le indicazioni da queste ultime offerte, anche per l'ordine cronologico con cui vengono alla luce, parrebbero talora portare all'esito esattamente opposto.

¹⁵⁴ Ancora una volta, come un momento fa si diceva, potrebbe in circostanze siffatte tornare utile il ricorso all'arma del rinvio pregiudiziale.

¹⁵⁵ Sono debitore di questo spunto nei riguardi di O. POLLICINO.

¹⁵⁶ ... ovvero – come si diceva – nuovamente rimesso, per il tramite del rinvio pregiudiziale, al giudizio della stessa Corte di giustizia.

La prima è che il diritto convenzionale può risultare veicolato in ambito interno dal diritto eurounitario, finendo col godere del medesimo trattamento di questo (la “morale” che si trae dal primo dei “casi difficili” sopra trattati). Un esito, questo, ovviamente bisognoso delle opportune verifiche, che solo l’esperienza potrà dare ma che appare sollecitato a formarsi dal crescente “dialogo” tra le Corti europee e dalla tendenza alla reciproca convergenza dalle stesse manifestata (una tendenza che potrà ricevere ulteriore alimento dalla formale entrata in vigore della Carta di Nizza da un lato, dall’adesione alla CEDU dall’altro).

La seconda cosa è che risulta estremamente complicato, faticoso, conciliare la comune natura *materialmente* costituzionale degli enunciati normativi e delle enunciazioni giurisprudenziali in fatto di riconoscimento e tutela dei diritti col mantenimento di meccanismi di garanzia dei diritti stessi divaricati o, come che sia, non coincidenti (rispettivamente, quello della “non applicazione” e l’altro del sindacato accentrato di validità). Temo che le stesse Corti (per ciò che a noi particolarmente interessa, la nostra) non tarderanno a prendere consapevolezza di ciò, adottando le misure più adeguate al contenimento di pratiche giuridiche divergenti¹⁵⁷.

La terza cosa è che proprio nella considerazione dei “casi difficili”, in relazione ai quali possono determinarsi effetti imprevedibili per portata e riflessi anche sui casi a venire, ancora di più viene, vigorosamente, incoraggiato a radicarsi sempre di più nel terreno dell’esperienza giuridica, quale che sia il livello al quale essa s’impiana e svolge, un indirizzo metodico-teorico volto a riconciliare i materiali normativi in campo, prevenendo dunque gli scontri tra di essi, poi in modo assai problematico (e, comunque, sofferto) superabili.

Tentare di tenere distinta o – peggio – innaturalmente separata la CEDU dalle tradizioni costituzionali comuni e queste, poi, dalle tradizioni proprie del singolo Stato o, ancora, dalla Carta di Nizza-Strasburgo è cosa vana, forzosa, insensata. Piuttosto, la direttiva metodica che viene consegnata agli operatori (a *tutti* gli operatori, giudici comuni e Corti) è nel senso di fondere nei processi interpretativi i materiali, allo stesso tempo in cui si preserva l’identità di ciascuno di essi: anzi, di realizzare quest’ultima *proprio* per effetto della fusione suddetta.

10. Uno sguardo sul futuro: verso un modello di relazioni “intercostituzionali” (e, per ciò, “intergiurisprudenziali”) connotato da strutturale fluidità e mobilità e proteso all’appagamento, il più intenso possibile in ragione dei casi, dei diritti fondamentali

L’impianto dello studio e le verifiche in esso condotte portano, dunque, a dire che la logica di una rigida separazione degli ordinamenti (e, per ciò pure, delle sfere di competenza delle relative Corti) già oggi appare improponibile, priva di alcun senso, se mai ne ha avuto. È vero che gli stessi ordinamenti parrebbero accreditarla; e basti solo pensare alla perdurante vigenza del principio di attribuzione in ordine ai riparti di materie e funzioni tra Unione e Stati, come pure – per ciò che specificamente attiene alla salvaguardia dei diritti – al principio secondo cui la stessa Carta dei diritti dell’Unione dichiara di poter valere unicamente negli ambiti materiali di competenza dell’Unione stessa¹⁵⁸. E, tuttavia, l’esperienza ormai insegna che separare a colpi di accetta gli ambiti stessi è impresa vana, i rapporti piuttosto essendo governati da canoni volti a renderne quanto più possibile duttile lo svolgimento e mobili i confini dei campi. D’altronde, la sussidiarietà nell’esercizio delle competenze per un verso, le clausole relative a competenze “trasversali” per un altro, di cui – come si sa – si ha traccia anche in ambito interno (in merito alla divisione dei compiti tra centro e periferia), e soprattutto, per un altro verso ancora, un complessivo indirizzo giurisprudenziale volto a “deformalizzare” – come si è ritenuto di dire in altra occasione – le relazioni sia intersoggettive che interorganiche, privilegiando la natura sostanziale degli interessi in campo e i modi più adeguati alla loro soddisfazione, stanno a dimostrare inequivocamente che il futuro (ma già il presente...) è affidato alla ricerca incessante ed ai

¹⁵⁷ Richiamo, a questo proposito, nuovamente la proposta dietro affacciata e volta a temperare il rigore della soluzione patrocinata dalla Corte in merito alla tecnica di ripianamento delle antinomie tra Costituzione e CEDU, facendo dunque luogo a pur eccezionali dichiarazioni di “irrelevanza” della seconda in rapporto al caso.

¹⁵⁸ Ma, come si è già segnalato, è marcata la tendenza ad una lettura espansiva dell’area entro cui la Carta dichiara di poter valere.

parimenti continui aggiustamenti delle soluzioni più idonee in relazione ai casi ed alle loro più pressanti e marcate esigenze.

La sussidiarietà dichiarata dall'una verso l'altra Carta (e il riferimento è ora – com'è chiaro – specificamente alla CEDU da un canto, alla Carta dei diritti dell'Unione dall'altro) e, a conti fatti (per il tramite della più sensibile, ancorché ad oggi non consolidata, giurisprudenza costituzionale), della stessa Carta costituzionale nei riguardi delle altre Carte, quale risultante dalle pronunzie in cui si fa riferimento alla più “intensa” tutela al fine della individuazione della norma del caso, sta a significare che proprio questo è l'orizzonte da coltivare, che nondimeno ancora meglio può essere preso di mira integrando e riconciliando nei processi interpretativi i materiali in campo, rifuggendo pertanto dalla logica, che si è veduto essere perdente, delle soluzioni applicative frutto di scelte escludenti¹⁵⁹.

È in questa cornice che s'inscrive l'indirizzo ormai invalso presso le Corti europee e che va affacciandosi, in modo sofferto e graduale, anche presso la nostra Corte (grazie all'opera meritoria quotidianamente e discretamente svolta da una coraggiosa e lungimirante magistratura comune), volto a raggiungere significative convergenze, a tenere insomma sempre aperto il “dialogo”, mettendo da canto – fin dove possibile – la gelosa rivendica di competenze esclusive o di impossibili primati, che non porterebbe da nessuna parte ed anzi spegnerebbe definitivamente sul nascere la speranza di poter dar vita ad una costruzione comune in grado di ospitare i diritti e di prendersene cura, quale che sia il “livello” – come usa dire – in cui essi hanno modo di manifestarsi e di reclamare tutela¹⁶⁰.

Con tutte le riserve o, diciamo pure, le critiche di cui si ritenga di poter fare oggetto la nostra giurisprudenza, è doveroso in conclusione ammettere che poche altre Corti costituzionali hanno fatto di più e di meglio della nostra per avvicinarsi, sostanzialmente (non già con dichiarazioni di facciata), alle posizioni fermamente detenute dalle Corti europee¹⁶¹.

Nella riflessione qui svolta – come si sarà veduto – non sono state lesinate le critiche, espresse con linguaggio franco (e, in qualche passo, forse persino crudo) nei riguardi degli orientamenti della Consulta, in seno ai quali peraltro – come si è tentato di segnalare – perdurano talune remore non rimosse ed anche qualche ambiguità e vera e propria contraddizione non sanata. Quel che importa, ad ogni buon conto, è che, sul versante dei rapporti con l'Unione, i capisaldi della giurisprudenza eurounitaria sono stati alla fine tutti recepiti dalla nostra giurisprudenza; rimane, sì, la riserva dei “controlimiti”, che però – come s'è veduto – ha fin qui costituito una minaccia meramente dichiarata, non pure praticata. Il riconoscimento quindi fatto dalla Consulta della propria competenza ad adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale costituisce, a un tempo, un atto di umiltà ed una manifestazione di forza, di cui – semmai – è da lamentare il grave ritardo nell'uso fattosene, nonché – come pure si è segnalato – il corto raggio di escursione di campo, circoscritto ai soli procedimenti in via d'azione¹⁶².

Sono nondimeno anch'io fiducioso, al pari di molti altri, che proprio da qui possa venire una spinta non da poco per intensificare un “dialogo” tra le Corti idoneo a commutarsi in un tangibile servizio per i diritti¹⁶³.

¹⁵⁹ La speranza è che non si abbia qui ciò che invece si ha proprio con l'orizzonte, nella sua fisica dimensione: che, cioè, quanto più ad esso ci si avvicina, tanto più poi si allontana...

¹⁶⁰ Conviene ora sul punto, nel quale da tempo mi riconosco, anche C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi*, cit., spec. p. 256, dove è l'efficace rilievo secondo cui la Babele dei diritti e delle loro garanzie si evita «soltanto se si rigetta la logica del diritto all'ultima parola e di ogni gerarchizzazione delle competenze giurisdizionali» (corsivo testuale).

¹⁶¹ Basti solo porre nuovamente mente al ben diverso *animus* che trapela dal *Lissabon Urteil*. Un quadro d'insieme sui rapporti tra le Corti può vedersi in G.F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, a cura di, Napoli, 2006; v., infine, il quadro di sintesi che è in V. SKOURIS, *Les rapports entre la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *DUE*, 2009, p. 775 ss.

¹⁶² Si è da molti osservato che la soggezione della Corte costituzionale alla Corte di giustizia, conseguente all'attivazione del rinvio pregiudiziale, sarebbe nondimeno compensata dalla sempre possibile attivazione dell'arma dei controlimiti, in nome dei quali le stesse pronunzie emesse dal giudice eurounitario dietro rinvio potrebbero risultare private di effetti (così, tra gli altri, S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., p. 27 ss., seguito da T.E. FROSINI, *Brevi note sul problematico rapporto fra la Corte costituzionale italiana e le Corti europee*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, cit., p. 372 ss., spec. p. 375 s.). Si tenga nondimeno presente che, spianata finalmente la via al rinvio, di quest'ultimo potrebbe aversi non raro riscontro, mentre i controlimiti hanno fatto la fine che sappiamo. Il compenso in discorso figura, dunque, quanto meno ad oggi, solo sulla carta.

¹⁶³ Non si sottovaluti, poi, l'attitudine del rinvio pregiudiziale a veicolare in ambito interno, sia pure in modo mediato, la stessa giurisprudenza EDU, metabolizzata dalle risposte della Corte di Lussemburgo (in ispecie, laddove sia utilizzata quale punto di riferimento per la interpretazione del diritto dell'Unione).

Quanto, poi, ai rapporti con la CEDU (e la sua Corte), un ponte solido e largo, lungo il quale potranno aversi fitti scambi di “merci” (di diritti) a doppio senso di marcia, è dato dall’interpretazione conforme a Convenzione, insistentemente e vigorosamente predicata dal giudice delle leggi non solo per i giudici comuni ma – ciò che è di straordinario rilievo – anche per... *se stesso*.

Non si commetta, tuttavia, l’errore, frutto di analisi affrettate ed appiattite sulla sola lettera dei testi, di pensare che la tendenza sia a fare proprio della Corte di Strasburgo il punto più elevato, se non pure esclusivo, di unificazione-integrazione degli ordinamenti (ciò che, peraltro, parrebbe avvalorato dalla prevista adesione dell’Unione alla CEDU e dal conseguente, diretto assoggettamento degli atti dell’Unione stessa al sindacato della Corte di Strasburgo)¹⁶⁴.

Questa sarebbe, infatti, solo una delle due facce della luna. Se – come si è tentato di mostrare – l’integrazione tra gli ordinamenti si apprezza nel modo più denso ed espressivo al *piano culturale*, al di là dei vincoli che formalmente discendono da questo a quell’ordinamento, se cioè il terreno elettivo della integrazione stessa è quello coltivato dalla *teoria dell’interpretazione*, non già l’altro rimesso alla *teoria delle fonti* (specie ad una teoria delle fonti d’ispirazione formale-astratta), ed allora non può non convenirsi a riguardo dei flussi continui, cospicui, crescenti di suggestioni che vanno e vengono sia dagli ordinamenti nazionali che dall’ordinamento eurolunitario (in prospettiva, in misura sempre più consistente proprio da quest’ultimo) e dai quali, per la sua parte, trae vitale alimento la giurisprudenza convenzionale.

Certo, i dissensi non sono mancati e non mancheranno, secondo varie combinazioni e modalità espressive, a seconda che ne sia protagonista questa o quella Corte in rapporto alle altre. Uno sguardo a volo d’uccello sull’intera giurisprudenza convenzionale, eurolunitaria e nazionale mi rende tuttavia persuaso del fatto che di gran lunga più numerosi e significativi sono stati (e sono) i casi in cui le Corti stesse sono riuscite a trovare – alle volte, si riconosca, anche grazie a tecniche decisorie assai innovative – soluzioni reciprocamente accomodanti, pur se non sempre pienamente appaganti; e mi rende, perciò, fiducioso che così sarà anche per l’avvenire.

La convergenza è, insomma, nei fatti; e il primato – non mi stancherò mai di ripetere – ogni Corte (ed ogni Carta) è legittimata, sì, a ricercarlo, ma unicamente al piano culturale, progettando e tracciando linee interpretative sempre più adeguate ai casi e rispondenti al valore “supercostituzionale” della dignità. Quando, poi, una Corte conviene che quanto è affermato da un’altra o dalle altre Corti si dimostra essere maggiormente servente il valore stesso e si dispone pertanto ad imitare gli indirizzi altrove invalsi, sia pure facendone oggetto di rielaborazione per le proprie specifiche esigenze, ebbene la Corte stessa non si annulla o mortifica da sé ma, all’inverso, si esalta e rigenera.

Per effetto dell’abbondanza dei documenti e materiali in genere riguardanti i diritti, per un verso, crescono – come si è mostrato – le opportunità rimesse al singolo operatore di giustizia ed a tutti nel loro insieme (per il “gioco” che tra di essi incessantemente si svolge e rinnova) di far luogo a combinazioni sempre varie dei materiali stessi, nel mentre, per un altro verso, si ha modo di spendere in occasione del singolo caso risorse crescenti al servizio dei bisogni dell’uomo, specie di quelli elementari, indisponibili. Crescono le opportunità di cui possono godere i diritti ma crescono – come s’è veduto – anche i problemi e le insidie. Sta alle Corti avviare a soluzione gli uni e scansare le altre, anche col sostegno di una operosa, sensibile dottrina, che ha essa pure da fare, fino in fondo, la propria parte. Ciò che può farsi nel modo più adeguato col metodo dell’ascolto e dell’accoglienza, non con l’altro, opposto, della sterile, autoreferenziale chiusura in se stessi, che porta unicamente danno a sé ed agli altri.

Solo così si può, infatti, a mio modo di vedere, progettare la costruzione di un nuovo ordinamento – piace a me di chiamare – “intercostituzionale”, frutto – come si è venuti dicendo – di un’infaticabile opera “intergiurisprudenziale”: un ordinamento *costituzionale* nella sua essenza, siccome tutto quanto proteso verso l’appagamento dei diritti, e *integrato* o, meglio, soggetto a continua e

¹⁶⁴ Altra, sensibile dottrina si è invece dichiarata a favore della Corte di giustizia quale “Corte delle Corti” [così, tra gli altri, A. SPADARO, *Una (sola) Corte per l’Europa*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, cit., p. 555 ss.].

crescente integrazione, che si prende cura, rigenerandola di continuo, della propria *identità* attraverso il riferimento alla (e, perciò, la valorizzazione della) identità altrui¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Ho discusso più volte dell'ordinamento "intercostituzionale", cui qui pure faccio cenno, a partire da *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *DPCE*, 2001, p. 544 ss.; della integrazione come processo, più che come dato che possa dirsi acquisito una volta per tutte, si tratta poi nel mio *Cinque paradossi (... apparenti) in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, in *DPCE*, 2009, p. 533 ss. Di "costituzionalismo interlivello" preferisco discorrere L. D'ANDREA, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in www.forumcostituzionale.it, spec. l'ult. par., laddove è la conclusione secondo cui l'identità del sistema si definisce «in una prospettiva aperta, dinamica e relazionale, cioè nelle (e per le) interazioni che si attivano con altri sistemi».