



Centro di  
Documentazione europea - UniCT



Università di Catania

# I quaderni europei

Scienze giuridiche



## LA SUSSIDIARIETÀ IN DISCESA: L'INTEGRAZIONE TRA ORDINAMENTI E LA COSTRUZIONE DEI PARAMETRI DECISORI

Agatino Cariola

Settembre 2010  
n. 23

Agatino Cariola

***La sussidiarietà in discesa: l'integrazione tra ordinamenti e la costruzione dei parametri decisori***

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper* 2010/n. 23  
Settembre 2010

URL: [http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/23\\_2010.pdf](http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/23_2010.pdf)

© 2010 Agatino Cariola

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

*Agatino Cariola*, Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Catania, Facoltà di Giurisprudenza

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](http://www.lex.unict.it/cde)

## **La sussidiarietà in discesa: l'integrazione tra ordinamenti e la costruzione dei parametri decisori**

Agatino Cariola

### **Abstract**

La tendenza in atto alla costruzione di un sistema giuridico di una società universale ha determinato il “costituzionalizzarsi” del diritto internazionale, nel senso che esso ha assunto contenuti e valori un tempo tipici del costituzionalismo statale. Lo studio che si pubblica inizia con una disamina degli schemi con i quali la dottrina ha sinora ricostruito le relazioni tra ordinamento interno e internazionale propendendo per l'attuale concezione monista, in grado di conciliare principi sovranazionali e specialità statali. Lo scritto prosegue analizzando la soluzione italiana al problema e giunge alla conclusione che l'apertura del nostro ordinamento al diritto internazionale è stata solo parzialmente realizzata, come dimostra la stessa giurisprudenza costituzionale. Anche dopo l'innovazione dell'art. 117 Cost., la Corte costituzionale italiana non ha rinunciato al proprio ruolo di giudice della legittimità costituzionale di tutte le norme dell'ordinamento, comprese quelle di derivazione internazionale. Tale posizione della Corte finisce per coinvolgere anche i giudici comuni, chiamati per primi a dare interpretazioni del diritto statale coerenti agli obblighi internazionali. Date queste premesse, lo studio intende mostrare come nei rapporti tra Corti nazionali e sovranazionali operi un principio di sussidiarietà in discesa che rende protagonista ogni giudice in una logica circolare, in cui fanno da criteri di decisione materiali provenienti anche da atti sovranazionali, che possono determinare la disapplicazione di regole riconosciute non coerenti rispetto ai valori di diritto costituzionale o di un diritto internazionale costituzionalizzato.

The actual trend in building the legal system of a universal society has led to the "constitutionalization" of international law in the sense that it has taken the contents and values of the typical state constitutionalism. The study begins by considering the different theories of the relationship between international and domestic law giving more emphasis to the current monist conception capable of reconciling supranational principles and state interests. The paper continues analyzing the Italian solution to the problem and concludes that the opening of our legal system to international law has been only partially achieved, as proved by the constitutional jurisprudence itself. Even after the reform of art. 117 of the Italian Constitution, the Constitutional Court has reaffirmed its role to judge the constitutional legitimacy of all laws, including those of international derivation. Ultimately, the Court's position involves also the lower courts, first called to provide an interpretation of state law consistent with international obligations. All the above being stated, the study intends to demonstrate the applicability of the descending interpretation of the principle of subsidiarity in the relationships between national and supranational courts. The descending concept of subsidiarity involves all courts in a circular logic and entails the use of different legal materials, including supranational acts, as decision criteria, with the result that those rules not consistent with the values of constitutional law or with the “constitutionalized” international law cannot be applied.

### **Keywords**

Diritto internazionale costituzionalizzato - integrazione tra ordinamenti - Corte costituzionale italiana - principio di sussidiarietà in discesa.

Constitutionalized international law integration between legal orders - Italian Constitutional Court - the descending concept of subsidiarity.

**LA SUSSIDIARIETÀ IN DISCESA:  
L'INTEGRAZIONE TRA ORDINAMENTI E LA COSTRUZIONE DEI PARAMETRI DECISORI**

**di Agatino Cariola**

*Sommario:* 1. Concezioni moniste e dualiste nei rapporti tra diritto statale ed internazionale: premesse ideologiche e trasformazioni del diritto in concreto utilizzato in ambito giurisdizionale.- 2. I rapporti internazionali nella Costituzione italiana e nella riforma costituzionale del 2001 attraverso le lenti delle ricostruzioni prevalenti.- 3. Le decisioni della Corte costituzionale sull'efficacia della CEDU nel diritto italiano ed i profili problematici di sviluppo.- 4. La sussidiarietà nel campo dei rapporti tra giudici statali e sovranazionali.

**1. Concezioni moniste e dualiste nei rapporti tra diritto statale ed internazionale: premesse ideologiche e trasformazioni del diritto in concreto utilizzato in ambito giurisdizionale**

La disciplina dei rapporti tra l'ordinamento statale e quello internazionale sembra risentire più di altre delle ricostruzioni teoriche dominanti. Rimane, infatti, l'opzione di fondo già segnalata da Kelsen circa il primato da riconoscere allo Stato o al diritto internazionale: se muovere dalla previsione internazionale, spesso generica e solo di principio, oppure dalla prescrizione precisa e diretta, al limite provvedimentale, di fonte statale. Del resto, l'adesione all'una o all'altra impostazione prende le mosse anche dalla considerazione (in quantità e qualità) della normazione da applicare. Anche per questo l'ombra di Hegel sullo Stato quale misura di tutte le cose sembra essersi prolungata anche sugli svolgimenti più minuti e concreti.

Si spiega in tal modo che la dottrina italiana sia rimasta a lungo prigioniera dello schema dualista, indotta a far dipendere dalle scelte statali ogni giudizio su fatti e norme. A tale esito ha contribuito anche la considerazione della Costituzione quale legge fondamentale dello Stato e, quindi, di ogni singolo Stato, in un contesto che vedeva significative differenze tra i diversi Paesi. Si vuol dire che il primitivo approccio alla Costituzione è stato quello tipico dello Stato nazionale, inteso a garantire diritti e ad organizzare poteri pubblici in un solo Paese. L'idea che la Costituzione sia norma valida non solo per la struttura pubblica, ma per l'intera società e che quindi sia "legge del pluralismo sociale", ha stentato ad affermarsi. E' anche innegabile che lo sforzo di democratizzazione della struttura pubblica operato dal costituzionalismo ha indotto a privilegiare l'ambito statale ormai "democratizzato" a fronte di un ordinamento internazionale in cui l'attenzione principale era ancora rivolta ai rapporti tra gli Stati e non ai diritti individuali, e dove convivevano sistemi democratici e regimi autoritari, "separati" gli uni dagli altri dal principio di non ingerenza negli affari interni. In fondo, la nozione di democrazia ha avuto una forte valenza oppositiva nei confronti degli ordinamenti non pervenuti al medesimo stadio. Il costituzionalismo muove sempre dalla prospettiva assolutamente polemica e discriminatoria dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789, secondo cui i Paesi senza garanzia dei diritti e separazione dei poteri «non hanno Costituzione»: si comprende, perciò, che non poteva guardarsi al diritto internazionale sino a quando quest'ultimo non assumesse contenuti omogenei ai presupposti dello Stato costituzionale quantomeno in ordine alla tutela dei diritti. La nozione di Stato costituzionale assume, infatti, anche una funzione relazionale per misurare il grado di democraticità degli ordinamenti e consentire (comparazioni e) reciproche integrazioni.

La prospettiva storica è, pertanto, fondamentale per comprendere i rapporti tra diritto statale e internazionale. Al tempo stesso, però, gli sviluppi più recenti hanno prodotto taluni effetti, la cui ordinazione in sistema appare tuttora difficile.

Sotto il profilo interno dello Stato l'"apertura" al diritto internazionale impone di ridiscutere persino la regolamentazione disposta in Costituzione: quest'ultima non è più "legge superiore" ad ogni altra, secondo un'impostazione che è stata certamente efficace per battere le

resistenze opposte dalla normazione e per innescare processi di cambiamento anche sotto il profilo culturale, ma è a sua volta “misurata” alla stregua dei principi e della disciplina di una fonte ancora più grande. Non può certo parlarsi di crisi della Costituzione, ma di un diverso modo di guardare alle regole costituzionali, giacché anche sotto questo versante si assiste ad una sorta di distinzione tra regole che esprimono valori di integrazione sovranazionale ed assumono perciò il carattere di principi ordinatori del sistema, e regole più minute e specifiche, e pertanto quasi “disponibili” nel processo di integrazione.

Sotto il profilo internazionale va considerato che il medesimo diritto internazionale va cambiando in maniera assai consistente: è stata smussata la distinzione un tempo abituale tra diritto consuetudinario e pattizio, giacché molte convenzioni recepiscono regole un tempo consuetudinarie; si affermano diritti “regionali”, tipici di talune aree del globo, e all’interno delle quali si sviluppano organizzazioni piuttosto forti, con la conseguenza che si ha a che fare con più diritti internazionali e che talvolta il diritto internazionale *de quo utitur* è quello del gruppo di Paesi nel quale siamo inseriti; soprattutto, il diritto internazionale è cambiato perché è stato rotto il muro che impediva la considerazione dietro e sotto gli Stati degli individui in concreto e si legittima sempre di più per la sua componente di garanzia dei diritti. Questo è un punto fondamentale: il diritto internazionale di oggi non è certo quello dell’Ottocento durante il quale sono state elaborate le concezioni sul monismo e sul dualismo alla Triepel, e nemmeno quello di cinquanta anni addietro, quando ormai era ricco di contenuto umanitario e di prescrizioni niente affatto generiche. Oggi si ha a che fare con principi e regole di diritto internazionale che interessano – per fare taluni esempi – i settori della tutela dei diritti, dell’immigrazione, della concorrenza e dei rapporti economici, della comunicazione, della repressione penale, delle misurazioni tecniche, della tutela dell’ambiente, persino della bioetica: molti ambiti intersecano, poi, per definizione distinte competenze materiali.

Può dirsi che il diritto internazionale si è costituzionalizzato, nel senso che ha assunto contenuti e valori un tempo tipici del costituzionalismo statale, con la differenza che i soggetti portatori di tali valori (e/o decisioni, ad assumere una prospettiva schmittiana) non sono tanto organi istituzionali, non sono partiti transnazionali e nemmeno (sempre e dovunque) Stati egemoni. Potrebbe continuarsi – ripercorrendo Kelsen – con il rilevare che questo è oggi “il problema della sovranità” nel diritto internazionale, l’individuazione cioè di soggetti che possano farsi sostenitori di valori al di là del diffuso sentire nel pubblico.

Certo, il riferimento al diritto internazionale coinvolge oggi la formazione e l’incidenza di una cultura che supera le barriere nazionali, che seleziona e valuta comportamenti e situazioni, e che – da ultimo – rappresenta il contesto in cui si producono e si consumano beni e servizi. Diritto statale e diritto internazionale non possono essere, perciò, considerati separati; essi presuppongono sì le rispettive culture, ma proprio in quanto fenomeni culturali, si muovono in una logica di forte integrazione che muove dal piano economico globalizzato a quello dei costumi e delle mentalità.

In questa chiave potrebbe dirsi che ad una prospettiva monistica si sia arrivati quasi per forza dei fatti, avvertendo però che il monismo di cui si parla non è certo oggi la mera e semplice supremazia del diritto internazionale comunque e dovunque formato. Il costituzionalismo che si sviluppa dalla considerazione dei valori – sia pure ammettendone il politeismo – informa (la cultura e) l’intero ordinamento giuridico, che è ricostruito attorno a taluni presupposti di principio ed alla considerazione degli interessi meritevoli di tutela in chiave sempre critica nei confronti delle soluzioni esistenti. L’ordinamento si applica, contemporaneamente, in tutte le sue componenti: siano esse di derivazione statale (come molte regole organizzative e come promuove l’idea dell’eguaglianza nel godimento dei diritti), di fonte locale (in sistemi dove la sussidiarietà promuove inevitabilmente le autonomie), di provenienza sociale (come le regole dell’economia, delle relazioni industriali, persino delle istituzioni religiose), ovvero di origine sovranazionale. L’impianto pluralista degli ordinamenti contemporanei esige di abbandonare l’idea dell’integrale derivazione del diritto dallo Stato, ma al tempo stesso richiede di forgiare ed

adattare di continuo gli strumenti di coesistenza di individui e gruppi, ciascuno con i rispettivi universi di valori.

L'ottica monista attuale è quella che alla fine non separa, ma integra e compone, mette in rapporto e rinviene soluzioni, anche quando si tratta di combinare principi sovranazionali e specialità statali, adottando un criterio di risoluzione del conflitto che muova dalla necessità di assicurare comunque tutela ad un interesse meritevole di considerazione. Deve aggiungersi che questo esito è anche quello che guarda all'attività giurisdizionale ed al ruolo del giudice, nel senso che tale opera di sistemazione è richiesta in primo luogo proprio al giudice di una specifica controversia: gli si domanda di apprezzare gli interessi in conflitto, di individuare la regola di soluzione della vicenda, di considerare le antinomie, di investire del caso giudici costituzionali e sovranazionali, ovvero di disapplicare direttamente la norma "stonata" rispetto al parametro valoriale o di interpretarla ai fini dell'applicazione in modo coerente alla tutela di dati valori. Va specificato che la regola di dubbia giustizia può essere anche quella sovranazionale e ciò pone il problema di decidere, innanzitutto, sulla validità della regola da applicare e nel far ciò se richiedere l'intervento di giudici sovranazionali oppure se disapplicarla direttamente o se interpretarla in modo tale da eliminare profili di contraddittorietà rispetto ad una tavola valoriale assunta quale primaria.

Si assiste, allora, sempre dalla parte di quell'interprete qualificato che è il giudice chiamato a decidere una controversia, ad una sorta di monismo attivo che non si limita a recepire quanto è prodotto in sede non statale, ma che muove al contrario dalla considerazione degli interessi e da questo trae impulso all'ordinazione delle norme in sistema.

## **2. I rapporti internazionali nella Costituzione italiana e nella riforma costituzionale del 2001 attraverso le lenti delle ricostruzioni prevalenti**

Quello indicato sembra l'esito del percorso internazionalistico della nostra Costituzione. In realtà, l'attenzione per la disciplina costituzionale dei rapporti internazionali avrebbe dovuto far risaltare la necessità di riconsiderare gli schemi con i quali la dottrina ha sinora ricostruito le relazioni tra ordinamenti. Non si tratta di passare dal principio dualista ad un generico principio monista a favore del diritto internazionale, in nome dei valori democratici e umanitari che quest'ultimo ormai contiene. Gli schemi teorici utilizzati sono sempre costruzioni *a priori*, in parte frutto di premesse ideologiche (il primato dell'esperienza statale nell'elaborazione dualista; l'aspirazione pacifista e democratica nella concezione kelseniana), ed in parte di elaborazioni così generali da riferirsi a qualsiasi esperienza statale. Come si è anticipato, al di là dell'adesione ad uno schema ricostruttivo, il problema rimane quello di individuare gli strumenti di armonizzazione tra ordinamento interno ed internazionale accolti in Costituzione e suscettibili di essere utilizzati in sede giurisdizionale.

Dovrebbe trovarsi consenso sulla notazione che il settore dei rapporti con gli ordinamenti sovranazionali non è più "materia riservata" ad alcuni soggetti. Questo era il modello dello Statuto Albertino in base al quale i rapporti con l'estero si limitavano ai trattati e la competenza su tali atti era del re e del suo governo, con iniziali, limitate attribuzioni parlamentari (art. 5 Statuto). Tale schema organizzativo appariva, in realtà, fortemente legato all'idea che alcuni settori atterrebbero alla (più classica e tradizionale) ragion di Stato e dovrebbero rimanere attribuiti a taluni soggetti maggiormente idonei a "rappresentare" e "conservare" l'essenza medesima dello Stato. Il modello, del resto, appariva frutto della separazione tra governanti e governati, che si rifletteva in quella tra comunità ed organizzazione pubblica, sebbene tali distinzioni siano state superate dall'avvento della sovranità popolare e dal carattere rappresentativo e servente dell'organizzazione nei confronti della comunità sociale.

L'idea che ogni potere deve muovere da una legittimazione dal basso, secondo l'ispirazione democratica, ha mutato le ricordate premesse ideologiche. Sotto il versante organizzativo la Costituzione ha fissato una competenza parlamentare assai vasta, quasi in co-

dominio con il Governo, attraendo nella sfera di decisione parlamentare quanta più parte possibile della “materia estera” ed evitando che, attraverso l'attuazione degli accordi internazionali, l'esecutivo recuperi in quantità e qualità potere normativo che si è imperniato ancora attorno alla figura della legge. Sempre dall'ottica delle competenze va registrato che la riforma costituzionale del 2001 ha espressamente previsto la possibilità per le Regioni di attuare gli accordi internazionali, e persino di intrattenere rapporti di diritto internazionale e di concludere accordi con altri Stati ed intese con enti territoriali interni ad altri Stati, nell'ambito delle previsioni di principio fissate da leggi nazionali (art. 117, commi 3, 5 e 9). Le disposizioni sulle attribuzioni sono importanti perché manifestano che l'“apertura” al diritto internazionale non è solo della «parte alta» dell'organizzazione pubblica, cioè a dire dello Stato, ma è dell'intera articolazione comunitaria, ossia a dire che siffatta apertura caratterizza il sistema repubblicano che si fonda sulle autonomie (artt. 5 e 114) e che postula la considerazione degli assetti sociali (artt. 2 e 3), se non addirittura l'identificazione tra repubblica e comunità sociale.

Sotto il profilo sostanziale la Costituzione ha introdotto una serie di principi conformativi dei rapporti con la comunità internazionale, ad iniziare dal ripudio della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali e dall'ammissibilità di limitazioni di sovranità per la creazione di organizzazioni internazionali che assicurino la pace e la giustizia tra i popoli (art. 11). La previsione è stata ampiamente utilizzata per giustificare l'ingresso dell'Italia nella Comunità Europea attuato tramite legge ordinaria, l'efficacia diretta della normativa comunitaria ed il “primato” di quest'ultima nei confronti della legislazione interna. In altri termini, sino alla più recente riforma del 2001, l'intero sistema dei rapporti tra l'Italia e l'ordinamento internazionale, compreso quello comunitario, si è fondato sul principio consacrato nell'art. 11.

Per alcuni versi, l'apertura del nostro ordinamento al diritto internazionale è stata compresa e realizzata a metà.

La forza dei fatti ha configurato a favore del diritto comunitario un primato assai robusto ed è stato pressoché da subito ammesso che la legge ordinaria potesse introdurre deroghe così consistenti al sistema delle competenze normative. Del resto, l'esito che ha visto l'adesione dell'Italia alla Ceca nel 1950, poi alla Cee ed all'Euratom nel 1957, e la successiva estensione delle funzioni attribuite all'Europa ad opera dei trattati intervenuti, sempre autorizzati ed eseguiti ad opera di leggi ordinarie, era in qualche maniera obbligato, perché sino ai primi anni '80 dello scorso secolo il contesto politico trovava contrario all'integrazione europea il maggior partito di opposizione, pur protagonista in sede costituente e pur “necessario” ad eventuali riforme costituzionali.

Per il diritto internazionale consuetudinario si è configurato un regime particolare e si è riconosciuto che esso valga direttamente ed immediatamente nell'ordinamento interno, anche nelle manifestazioni che possono risultare in contrasto con i diritti individuali (così Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 1979).

Invece, riguardo al diritto internazionale pattizio ha continuato ad affermarsi la tradizione dualista, giacché si riconosceva che violazioni, modificazioni, abrogazioni, disapplicazioni di un trattato internazionale possono essere realizzate, purché decise dalla legge e malgrado l'insorgere di eventuali responsabilità a carico dello Stato.

Entrambe le posizioni appaiono statiche giacché hanno finito per individuare nel diritto internazionale un dato fisso e stabile, rispetto al quale si potrebbe solo decidere circa il suo ingresso o no nell'ordinamento statale. Per molti versi la prospettiva è stata quella di guardare al diritto internazionale solo quale prodotto della volontà degli Stati-apparati: in altri termini, l'ottica positivista ha indotto a prestare attenzione solo al “frammento” del diritto internazionale costituito dalle regole poste in sede di accordi inter-statali ed al *corpus* delle consuetudini sempre intese in chiave fissa e tutto sommato minimale. Si è trascurato, ad esempio, che le convenzioni multilaterali oggi sempre più presenti (nei più diversi settori: dall'ambiente alle comunicazioni, ecc.), rendono difficile la distinzione tra diritto consuetudinario e pattizio, atteso che le medesime per un verso “fotografano” talune norme consuetudinarie, ma per altro verso ne “fissano” forma

e contenuto, integrandole comunque in un sistema nuovo, di modo che gli obblighi gravanti sull'ordinamento statale sono al tempo stesso ed in maniera inestricabile pattizi e convenzionali. Non si è considerato, soprattutto, che solo dalla ricordata prospettiva positivista il diritto può ridursi alla legge, o nella specie al trattato. Anche il diritto internazionale è in parte il prodotto del concreto atteggiarsi dei rapporti tra gli Stati, delle decisioni e dei comportamenti delle organizzazioni sovranazionali, delle sentenze dei giudici statali e internazionali, oltre a dover constatare in maniera piuttosto scontata che anche “vecchie” regole pattizie e/o consuetudinarie sono soggette ad interpretazione evolutiva. La realtà è che l'ottica assiologica induce a guardare alle regole dal punto di vista degli interessi tutelati e, pertanto, a “discriminare” tra le stesse in funzione del rispettivo grado di esprimere e perseguire valori. Ciò vale anche per il diritto internazionale che, allora, non è più un dato fisso ed “esterno” all'ordinamento statale, ma è sotto tutti i riguardi parte del diritto che applichiamo e sottoposto ai medesimi criteri di interpretazione, ad iniziare dalla considerazione degli interessi. Più in generale, va apprezzato che la concezione democratica, che muove dai diritti della persona, muta anche i processi di produzione del diritto che non possono più ridursi alle dinamiche statalistiche: il riconoscimento del pluralismo a tutti i livelli comporta che la “dimensione” statale sia solo una delle componenti che entrano in contatto; la considerazione dei valori implica una sistematica che “riorganizza” di continuo materiali normativi e giurisprudenziali (e, genericamente, fattuali) in un assetto per definizione ritenuto sempre insoddisfacente.

Per questo le ricostruzioni che limitano l'impatto del diritto internazionale appaiono insufficienti: la dottrina prevalente ha escluso l'applicabilità sia della posizione (sostenuta da Quadri) volta a permettere la più ampia ammissione del diritto internazionale, sia di quella che ha affermato l'efficacia del principio *pacta sunt servanda* sugli svolgimenti della legislazione ordinaria, circoscrivendo il potere della legge di modificare e addirittura di violare i trattati conclusi.

Anche ad esaltare il contenuto assiologico di taluni accordi internazionali per i valori costituzionali eventualmente in essi espressi, si finisce per adottare l'ordinamento statale quale «misura» di tutte le norme ed a trascurare, pertanto, che i rapporti tra diritto statale e diritto internazionale non sono affatto tra elementi fissi e stabili, ma tra oggetti per definizione in continuo cambiamento: l'uno e l'altro si presuppongono e si richiamano, si “scambiano” contenuti e persino valori.

Il rifiuto sinora generale delle opinioni che hanno proposto di valorizzare appieno le disposizioni internazionalistiche contenute nella Costituzione ha, alla fine, portato la stessa giurisprudenza costituzionale ad una manifesta divaricazione tra le affermazioni formali, dove ancora continua a negarsi una qualche diversa efficacia tra leggi di rilievo internazionale e le altre leggi, e il piano pratico, ove le prime ottengono dal giudice della costituzionalità un trattamento privilegiato, che induce a ricostruirne un regime in qualche modo diverso rispetto a quello tipico dei comuni atti normativi. Il “primato” da tempo ormai riconosciuto al diritto dell'Unione europea nei confronti della normazione statale pare rappresentare da questo punto di vista soltanto il fenomeno più rilevante di un orientamento giurisprudenziale teso a ricostruire un regime particolare alle fonti di derivazione internazionale.

Ne offre un significativo esempio il risultato interpretativo delineato a proposito dell'adattamento automatico contenuta nell'art. 10 Cost., cui si è guardato essenzialmente per il suo profilo procedurale. Lo stesso concetto di «norme internazionali generalmente riconosciute» è stato ristretto al solo diritto consuetudinario, secondo l'interpretazione che poteva farsene al momento di redazione della Carta costituzionale. Se a quel tempo il diritto internazionale soleva distinguersi in consuetudinario e convenzionale, una volta che il diritto pattizio aveva ricevuto nelle opinioni più diffuse una diversa disciplina, l'adattamento automatico non poteva residualmente che riferirsi alle norme consuetudinarie: le sole dotate di riconoscimento generale. Echi di questa ricostruzione sono ampiamente presenti nella giurisprudenza costituzionale, che si è mossa tra la difficoltà di conciliare le premesse dogmatiche “tradizionali” accolte con il moto espansivo dell'integrazione internazionale, attorno a valori riconosciuti “comuni” anche al nostro

impianto costituzionale. La Corte, del resto, comprende che potrà avere un ruolo solo a costo di intercettare il rapporto diretto tra giudici comuni e giudici sovranazionali, fungendo in qualche modo e proponendosi come filtro all'applicabilità diretta delle previsioni di derivazione esterna all'ordinamento statale. Le può essere rimproverato, semmai, di riferirsi ai sistemi giuridici sovranazionali quali elementi imm modificabili, piuttosto che pensarsi ed agire come uno dei soggetti protagonisti anche del diritto che si va formando sopra e tra gli Stati.

### **3. Le decisioni della Corte costituzionale sull'efficacia della CEDU nel diritto italiano ed i profili problematici di sviluppo**

Così, ad esempio, anche alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata negata natura di norma di diritto internazionale generale, ai sensi dell'art. 10 Cost. (sentenze nn. 188 del 1980, 91 del 1986, 496 del 1991 ed ancora 348 e 349 del 2007), al fine di farne linearmente discendere l'obbligo del legislatore ordinario di darvi attuazione e di non contrastarvi.

Ad un tale esito la Corte è pervenuta solo per via indiretta, ammettendo che le regole internazionali della CEDU di Roma e del Patto internazionale di New York sui diritti civili e politici sono «norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria» (sentenza n. 10 del 1993). La stessa giurisprudenza ha avvertito il bisogno di segnalare che tale precedente non ha avuto seguito (sentenze nn. 348 e 349 del 2007). Anzi, la Corte ha voluto ribadire che «le norme della CEDU non si collocano come tali a livello costituzionale, non potendosi loro attribuire un rango diverso da quello dell'atto – legge ordinaria – che ne ha autorizzato la ratifica e le ha rese esecutive nel nostro ordinamento». Le si è «riconosciuto valore interpretativo» della medesima Costituzione, sino a «desumere un riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, in considerazione del contenuto della medesima, tradottasi nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e realizzare» (sentenza n. 349 del 2007).

La soluzione ideata appare a tutti gli effetti una sorta di compromesso che intende preservare il ruolo del medesimo giudice costituzionale. La Corte ha avvertito il rischio di essere in concreto scavalcata nella tutela dei diritti dal rapporto diretto tra giudici comuni e sovranazionali: per questo ha insistito riguardo il suo ruolo nel giudicare degli eventuali contrasti dei trattati internazionali con la Costituzione italiana, quasi a proporsi come soggetto propulsore per una tutela verso l'alto dei diritti fondamentali.

L'innovazione introdotta dall'art. 117 Cost., con l'espressa previsione del rispetto degli obblighi internazionali da parte del legislatore statale e regionale, è quindi stata letta essenzialmente non tanto come strumento di sistemazione delle fonti e delle norme, quanto come strumento processuale rivolto all'azione dei giudici comuni e di quello costituzionale: «il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117» (sentenza n. 349).

In altri termini, se le garanzie dei diritti stabiliti in Costituzione e nei trattati internazionali quali la Convenzione europea si integrano vicendevolmente, la Corte italiana comprende di dover superare gli orizzonti statalistici e di dover d'ora in poi operare con materiali normativi e giurisprudenziali provenienti anche dal livello sopranazionale e di farli suoi.

L'esempio della CEDU è paradigmatico, poiché la Corte costituzionale medesima si è resa conto «della sua peculiarità ... che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti. Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima» (sentenza n. 349).

Certo, l'argomentazione della Corte costituzionale italiana appare rivolgere l'attenzione quasi in prevalenza al ruolo di interpretazione del quadro normativo, giacché si premura di considerare che essa «e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo. L'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri» (sentenza n. 349). Alla Corte italiana, «qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana» (sentenza n. 349). In realtà, è evidente che la distinzione tra il giudice costituzionale italiano e la Corte di Strasburgo non riguarda solo l'interpretazione del diritto, ma soprattutto la tutela in concreto delle situazioni giuridiche protette, giacché mentre il primo rimane giudice delle norme, la seconda è un giudice del fatto il quale alla dimensione fattuale riduce ogni vicenda di violazione dei diritti, comprese quelle discendenti dalla puntuale applicazione di leggi.

Si comprende che il piano utilizzato dal giudice costituzionale gli permette di rilanciare il suo ruolo sino a prefigurarsi la competenza a «verificare la compatibilità della norma CEDU ... con le pertinenti norme della Costituzione» (sentenza n. 349): in altri termini, la Corte italiana non ha rinunciato a proporsi quale giudice della legittimità costituzionale di tutte le norme dell'ordinamento, comprese quelle di derivazione internazionale. Anche dopo l'innovazione dell'art. 117 Cost., allora, i trattati internazionali non sono esclusi da un qualche giudizio circa la loro conformità al quadro costituzionale: «in tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa» (sentenza n. 349).

Questo è il punto probabilmente più rilevante nella posizione della Corte, perché dietro l'assetto delle fonti ed al di là della medesima ricostruzione circa i rapporti tra trattati internazionali e leggi statali il giudice costituzionale si preoccupa di assicurare che l'applicazione del diritto internazionale non comporti lesione dei valori costituzionali e si propone quale garante di tale esigenza. Il diritto internazionale “entra” nell'ordinamento statale ma solo dopo il controllo della sua costituzionalità, e si dovrebbe aggiungere della sua costituzionalità materiale nel senso di fare riferimento soprattutto ai contenuti e non tanto alle procedure ed alle competenze (che è la linea di argomentazione della “vecchia” sentenza n. 183 del 1973 sul diritto comunitario, la stessa linea che – come è noto – non è stata seguita dal Tribunale costituzionale tedesco nella più recente *Lissabonurteil*).

La posizione della Corte italiana, peraltro, pone almeno due problemi o meglio due linee di possibile sviluppo.

Il primo profilo cui prestare attenzione è che la posizione espressa dovrebbe valere anche per il diritto consuetudinario e non solo per quello pattizio, nel senso che anche per il primo possono porsi problemi di contrasto con la tutela dei diritti sancita in Costituzione di modo che anche per esso si impone il previo controllo di costituzionalità prima della sua applicazione. Ne risulta superato l'impianto della sentenza n. 48 del 1979, ma soprattutto si avverte che giudice dell'eventuale conflitto non è solo quello costituzionale, ma anche quello c.d. comune posto di fronte all'applicabilità diretta del diritto consuetudinario ai sensi dell'art. 10 Cost. e, quindi, alla definizione delle relative controversie (per esempio, ricostruendo e precisando l'ambito dell'esenzione dalla giurisdizione degli Stati esteri e delle organizzazioni internazionali, ovvero dando contenuto alle prescrizioni del diritto internazionale umanitario, oppure ancora decidendo i problemi di bilanciamento tra sicurezza e diritti individuali, in un'epoca in cui il terrorismo rimette in discussione anche talune acquisizioni).

Il secondo profilo di attenzione riguarda per l'appunto tale dinamica giurisdizionale: la logica dell'integrazione interessa e coinvolge tutti i giudici chiamati a dare interpretazioni del diritto statale coerenti agli obblighi internazionali e, quindi, internazionalmente conformi e/o orientate, di modo che non può ipotizzarsi una "riserva" a favore del giudice costituzionale destinata a rimanere per sempre stabile e fissa. In questo senso pare affermarsi – come si anticipava – un monismo di fatto, nella percezione, appunto, che dal basso e ad opera dei giudici comuni si costruisce un parametro di giudizio attraverso l'utilizzazione di materiali provenienti da atti sovranazionali: tale parametro è di volta in volta inteso come strumento di interpretazione, quale criterio di legittimità ai fini della proposizione delle questioni incidentali, ma anche quale occasione o spunto per disapplicare direttamente il diritto interno ritenuto contrastante. Ciò finisce per coinvolgere la stessa Corte costituzionale, alla quale, se vuole mantenersi protagonista di un confronto che si fa sempre più serrato, si richiede un costante dialogo con le giurisdizioni sovranazionali, sia riguardo l'interpretazione delle norme (alla CEDU ed alla giurisprudenza di Strasburgo, ad esempio, è stata riconosciuta efficacia interpretativa in numerose decisioni, tra le altre la n. 29 del 2003 e la n. 299 del 2005), sia a mezzo della prospettazione di questioni ai giudici sovranazionali, come ha fatto con la sentenza n. 102 del 2008.

#### **4. La sussidiarietà nel campo dei rapporti tra giudici statali e sovranazionali**

La costruzione di un parametro normativo composto da materiali provenienti da fatti diversi (principi, norme, interpretazioni giurisprudenziali, prassi, orientamenti culturali) risponde al principio di sussidiarietà tra le giurisdizioni statali e sovranazionali (ma più in generale valido per tutte le giurisdizioni). Come è noto, tale principio è affermato nell'art. 35 CEDU, che obbliga chi lamenta la violazione di un diritto lì garantito ad adire dapprima le «vie di ricorso interno». Alla sussidiarietà può essere riportato anche l'art. 234 Trattato Ce (art. 267 TFUE), che fa obbligo alle giurisdizioni nazionali di ultimo grado di rivolgersi alla Corte di giustizia. Si tratta, infatti, della medesima esigenza di assicurare – per un verso – l'applicazione del diritto sovranazionale e, per altro verso, di richiedere l'intervento delle giurisdizioni sovranazionali quale strumento di omogeneizzazione a fronte di problemi interpretativi che non possono altrimenti trovare soluzione.

Solo che a questo punto la sussidiarietà non è solo un criterio relativo all'assetto delle competenze e/o alla regolazione delle procedure, ma diviene criterio contenutistico o sostanziale, che si rivolge all'attività di interpretazione/applicazione del diritto.

In realtà, già la Corte costituzionale nella sentenza n. 389 del 1989 aveva affermato che «tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite [nel] Trattato C.E.E.

nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea». E non a caso quella posizione è stata richiamata nelle più recenti decisioni nn. 348 e 349 del 2007, allorché si è detto che «le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea», e che «tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione» (sent. n. 348). La stessa tesi è stata ripresa sino alla recente sentenza n. 93 del 12 marzo 2010, ove si legge come «a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrano, quali “norme interposte”, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli “obblighi internazionali” (sentenze n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008). Nel caso in cui si profili un eventuale contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice nazionale comune deve, quindi, preventivamente verificare la praticabilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica (sentenza n. 239 del 2009), e, ove tale soluzione risulti impercorribile (non potendo egli disapplicare la norma interna contrastante), deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento al parametro dianzi indicato. A sua volta, nel procedere al relativo scrutinio, la Corte costituzionale, pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte di Strasburgo, resta legittimata a verificare se la norma della Convenzione, come da quella Corte interpretata – norma che si colloca pur sempre ad un livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato (sentenze n. 311 del 2009, n. 349 e n. 348 del 2007)».

Ora, imporre al giudice che decide su una singola controversia il vincolo di usare tutti gli strumenti ermeneutici al fine di pervenire all'interpretazione della norma interna in senso conforme al diritto internazionale nella “versione” di questo offerta dal competente giudice sovranazionale, e quindi ad applicare il materiale ricostruito, significa guardare ai rapporti tra giudici in una logica necessariamente circolare, in cui fanno da criteri di orientamento/decisione i principi di sistema e la considerazione degli interessi da tutelare, compresi quelli sovranazionali o di loro derivazione. La logica circolare comporta anche di non perdere di vista il livello costituzionale di riferimento e/o di base: insomma, «la tutela dei diritti fondamentali [deve essere] almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana» (sent. n. 349 del 2007). Ma ciò significa per l'appunto che occorre procedere ad un continuo meccanismo di rimandi e rinvii, alla stregua dei valori coinvolti.

Il principio di sussidiarietà nei rapporti con le Corti sovranazionali, allora, non opera solo verso l'alto, ma anche verso il basso: una sussidiarietà in discesa o contenutistica, *rectius* circolare, che, allora, obbliga tutti i soggetti a dare risalto ai significati normativi sostanziali, *id est* agli interessi tutelati ed ai valori da perseguire, e che impone, al tempo stesso, di considerarsi sin dall'inizio protagonisti e non solo sottomessi alla logica dell'integrazione tra gli ordinamenti.

La sussidiarietà in discesa significa che il giudice – ogni giudice – è competente non solo ad applicare il parametro altrove ricostruito, ma a comporlo egli stesso: cioè a dire non solo ad interpretare, ma ad applicare e pertanto ad utilizzare tutto il materiale a sua disposizione. In altri termini, il principio di sussidiarietà rende protagonista ogni giudice, valorizza il suo ruolo interpretativo sino alle ultime possibili conseguenze manipolative, ma introduce anche quello strumento – per così dire di diritto comune – che è la disapplicazione di regole riconosciute non coerenti rispetto ai valori di diritto costituzionale - o di un diritto internazionale (oramai) costituzionalizzato (o da costituzionalizzare).

Da questo punto di vista si può andare ancora oltre e leggere l'espressione «limitazioni di

sovranità» dell'art. 11 Cost. in coerenza con l'art. 1 della medesima Costituzione, dove il termine «sovranità» è stato privato delle connotazioni tipiche di un potere idoneo a decidere sullo stato d'eccezione (secondo l'accezione che è ancora in C. Schmitt) e ad incidere, pertanto, sulla sfera personale. Al contrario, (sulla base della lezione di Crisafulli) nell'art. 1 «sovranità» indica direttamente ed immediatamente il contrario di potere assoluto secondo la tradizione di pensiero che ha trovato in Bodin il suo teorico: si riferisce, cioè, anche all'esercizio delle libertà riconosciute al singolo ed alle formazioni sociali alla stregua, oltretutto, di una logica espansiva (P. Barile, A. Barbera). Le «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento», allora, non sono altro che «trasferimenti di sovranità» (cfr. art. 23 GG; art. 93 Cost. Spagna), ma ciò significa (non solo e non tanto che possono limitarsi taluni diritti, secondo la lettura tradizionale, bensì) che, per l'appunto, il trasferimento comporta (non lo spostamento del potere pubblico, invece) solo una possibile diversa allocazione dei diritti e niente affatto la loro restrizione. Si trasferiscono, cioè a dire, allo stesso tempo poteri e diritti: nell'ordinamento costituzionale, peraltro, i primi sono funzionalizzati ai secondi e tutto ciò comporta che il giudice applica tutt'assieme il sistema normativo nel suo complesso (diritto sovranazionale e statale come regole di derivazione sociale) in una logica di integrazione per principi e/o valori e senza prestare più di tanto rilievo al mero criterio d'autorità. Per definizione, la sussidiarietà impronta di sé ogni «passaggio» o «fase» di svolgimento dell'attività pubblica e privata: la stessa si sviluppa secondo un moto ascensionale (R. Bin) o, meglio, circolare che muove dagli interessi da curare e dai valori da perseguire: al giudice si richiede da subito di applicare il diritto oggettivo e gli si esige pure di essere il «custode dei diritti» fondamentali. In altri termini, la conformazione e/o la «misura» dei diritti – cioè a dire il temperamento in concreto dei diversi interessi coinvolti, compresi quelli di derivazione sovranazionale – è operata dal singolo giudice: da quello che può definirsi il «giudice unico» dei diritti soggettivi.