

Giacomo Oberto

**LA TUTELA DEI DIRITTI
FONDAMENTALI NELLE CARTE
COSTITUZIONALI, OVVERO DEL
DIFFICILE DIALOGO TRA CARTE E
CORTI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLE CARTE COSTITUZIONALI, OVVERO DEL DIFFICILE DIALOGO TRA CARTE E CORTI (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. I principali nodi da sciogliere, nell'ottica del giudice nazionale. — 2. Individuazione dei diritti fondamentali, natura, giustificazione e storia. — 3. (*Segue*) I diritti fondamentali come "legge del più debole"; i possibili conflitti. — 4. Il dialogo tra le Carte: ovvero della (discussa) primazia costituzionale. Impostazione del problema. — 5. (*Segue*) Rapida panoramica europea sul tema della primazia costituzionale. — 6. Il dialogo tra le Corti. La Corte Costituzionale italiana e la Corte di giustizia. I rapporti tra diritto interno e diritto UE. — 7. (*Segue*) La teoria dei controlimiti e il suo concreto funzionamento. — 8. La funzione dei giudici comuni nazionali e il controllo diffuso di conformità ai principi fondamentali dell'Unione europea. Il problema della « doppia pregiudizialità ». — 9. I rapporti tra l'ordinamento italiano e la CEDU. Generalità. Il periodo anteriore alla riforma dell'art. 117 Cost. — 10. (*Segue*) Le conseguenze della riforma dell'art. 117 Cost. — 11. (*Segue*) Modalità di composizione dei contrasti tra norma interna e norma CEDU, ovvero del dialogo tra il giudice nazionale comune e la Corte di Strasburgo. — 12. Dialogo tra Corti ed efficacia delle sentenze emesse a Strasburgo. Allineamenti e disallineamenti tra Corte Costituzionale italiana e Corte europea. — 13. Le prospettive del dialogo tra le Corti in vista dell'adesione dell'UE alla CEDU. — 14. Le novità introdotte dalla entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Generalità. — 15. (*Segue*) I (pretesi) limiti della Carta di Nizza. Impostazione del problema. — 16. (*Segue*) Per una lettura « più europeista » della Carta di Nizza nei suoi rapporti con gli ordinamenti nazionali. Unioni di fatto e matrimoni *gay*. — 17. Conclusioni (*in fieri*).

1. « Bisogna ripensarci un attimo a livello nazionale, a livello di esperti, sia per il merito, sia anche per il metodo, perché non si è passati

(*) Testo accompagnatorio della relazione presentata all'incontro di studio sul tema: « Il ruolo delle Corti europee e del giudice nazionale nella protezione dei diritti fondamentali », organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Nona Commissione - Tirocinio e Formazione Professionale, svoltosi a Roma dal 17 al 21 settembre 2012.

attraverso la magistratura italiana. Bisogna pensarci. C'è stato un superamento della magistratura italiana; un surclassamento. È singolare ».

Lo sbigottimento per il « superamento della magistratura italiana » (notoriamente estremista e pericolosa!), espresso dalle parole del Presidente della Conferenza Episcopale Italiana di fronte alla decisione con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato il nostro Paese per alcune disposizioni in tema di fecondazione assistita (1), illustra assai più di ogni dotto commento quanto abissale appaia — persino in ambienti di raffinata cultura e di diuturna abitudine all'esercizio del potere — l'inconsapevolezza del fatto che oggidì esistano giudici non solo a Berlino, ma anche... a Strasburgo.

Ora, è proprio la presenza di istanze giurisdizionali a livello sopranazionale a mutare in maniera rilevante, rispetto al passato, i termini della questione della tutela dei diritti fondamentali, un tempo « confinati » nelle sole Carte costituzionali di vari Paesi.

L'ottica secondo cui vorrei affrontare un argomento tanto impegnativo (quanto insolito per un civilista « puro », quale avrebbe la pretesa di essere chi scrive) è l'angolo visuale del giudice nazionale europeo. Giudice che si trova, oggi, ad operare in un sistema, come suol dirsi, di protezione multilivello (2) dei diritti fondamentali. Siste-

(1) Cfr. Corte europea dir. uomo 28 agosto 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, disponibile all'indirizzo *web* seguente: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=19209>.

(2) Nell'ampia bibliografia sul punto, cfr. GAMBINO, *La protezione « multilevel » dei diritti fondamentali (fra Costituzioni, trattati comunitari e giurisdizioni)*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, 1007 ss.; ID., *Multilevel Constitutionalism e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. e europ.*, 2008, n. 3, disponibile all'indirizzo *web* seguente: <http://www.dpce.it>; v., inoltre, PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 36 ss.; ID., *L'Unione Costituzionale europea nella prospettiva della Conferenza Intergovernativa del 2000*, in AA.Vv., *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, a cura di PANUNZIO, Milano, 2002; MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo*, in AA.Vv., *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Padova, 2000, 425 ss.; MORLOK, *Il diritto costituzionale nel sistema europeo a più livelli, ibidem* (resoconto disponibile anche all'indirizzo *web* seguente: <http://www.luiss.it/semcost/europal/morlok/index.html>); PERNICE e MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in AA.Vv., *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY, Roma-Bari, 2003, 43 ss. (articolo disponibile anche all'indirizzo *web* seguente: <http://www.wbi-berlin.de/documents/wbi-paper0703.pdf>); SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, 79 ss.; AA.Vv., *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, a cura di BILANCIA e DE MARCO, Milano, 2004;

ma multilivello, la cui comprensione postula una risposta il più possibile adeguata e precisa a ciascuno dei seguenti interrogativi:

- (i) Quali sono i diritti fondamentali.
- (ii) Quali sono le Carte sovranazionali che consacrano tali diritti.
- (iii) Quali sono i rapporti tra le varie Carte sovranazionali.
- (iv) Quali sono i rapporti tra le varie Carte sovranazionali e le Costituzioni nazionali.
- (v) Quali sono i rapporti tra le varie Carte sovranazionali, le Costituzioni nazionali e le norme ordinarie di cui il giudice deve fare applicazione.
- (vi) Quali sono i rapporti tra le Corti sovranazionali e le Corti costituzionali.
- (vii) Quali sono i rapporti tra le Corti sovranazionali, le Corti costituzionali e i giudici ordinari.

Tanto per cominciare, si può esordire rimarcando come, nell'area del continente europeo, siano individuabili i seguenti tre livelli di Corti:

- (a) la Corte europea dei diritti dell'uomo,
- (b) la Corte di giustizia dell'Unione Europea,
- (c) le Corti nazionali (che, a loro volta, andrebbero declinate in Corti costituzionali e giudici comuni).

Analogamente esistono almeno tre livelli di Carte dei diritti fondamentali, e, più esattamente:

- (a) la Convenzione europea dei diritti dell'uomo,
- (b) la Carta di Nizza e
- (c) le Costituzioni nazionali.

In questo scenario, da qualche tempo ha fatto la sua comparsa un ulteriore elemento, rappresentato dal Trattato di Lisbona, che ha inciso almeno sotto due aspetti: prima di tutto ha aperto la via all'adesione alla CEDU da parte dell'Unione europea (3) e, in secondo luogo, ha dato

RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (311/2009 e 317/2009)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo web seguente: http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0030_nota_311_317_2009_ruggeri.pdf; Id., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it (4 dicembre 2009); POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte Costituzionale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 dicembre 2009, 7.

(3) Processo, questo, che si presenta quanto mai complesso. Come rimarcato da

valore giuridico alla Carta di Nizza e, quindi, alle sue previsioni in materia di rapporti tra organi giurisdizionali.

2. Iniziando dal punto sopra enucleato *sub (i)*, vale a dire l'individuazione dei diritti fondamentali, va subito chiarito che la questione è densa di implicazioni filosofiche, storiche e sociologiche, ben prima che giuridiche. Sebbene l'angolo visuale qui prescelto — che è, per l'appunto, quello del giudice — imponga di concentrare l'attenzione sui soli profili giuridici, occorre ammettere che pure le altre prospettive appaiono di fondamentale rilievo, persino per chi si proponga di studiare « solo » le implicazioni rilevanti per il giurista.

Ai diritti fondamentali, riconosciuti tanto in Carte sovranazionali, che in Costituzioni nazionali, s'attaglia la definizione che autorevole dottrina costituzionalista ha fornito, individuando il *proprium* delle formulazioni costituzionali di principio in tre punti:

(a) esse sono enunciazioni che, « più che interpretare attraverso l'analisi del linguaggio », devono essere intese nel loro *ethos*: alle regole si « ubbidisce », ai principi « si aderisce »;

(b) sono « criteri per prendere posizione di fronte a situazioni *a priori* indeterminate, quando vengono a determinarsi concretamente »;

(c) non hanno fattispecie (4).

En toile de fond rispetto alle considerazioni di cui sopra si pone, naturalmente, la questione nodale circa la natura stessa dei diritti

autorevole dottrina (cfr. POCAR, *Diritti umani: la difficile ricerca di equilibrio tra le giurisdizioni delle Corti internazionali*, in *Guida dir.*, 5 novembre 2011, n. 44, 9 s.), per l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea non basta la semplice firma e ratifica della Convenzione da parte dell'Unione, ma è necessaria la conclusione di un accordo internazionale. Poiché la Convenzione prevede soltanto l'adesione di Stati, e non di organizzazioni internazionali, si rende indispensabile una modifica della Convenzione stessa, che può avvenire solo mediante un trattato fra gli Stati membri del Consiglio d'Europa parti della Convenzione e l'Unione europea. Come si ricava, inoltre, dal protocollo n. 8 allegato ai trattati europei, l'accordo relativo all'adesione deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del suo diritto, in particolare per quanto attiene alle modalità dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della Convenzione europea e ai meccanismi per assicurare che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione. È evidente che la conclusione di un accordo di questo genere, che impone un coordinamento di procedure rispettivamente dell'Unione e degli organi della Convenzione europea, si presentava come particolarmente delicato.

(4) Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 148 s.

fondamentali e, in particolare, la loro riconducibilità alla nozione di diritti pubblici.

In proposito non manca chi addirittura ritiene che i diritti fondamentali non siano riducibili, non solo alla nozione di diritti pubblici soggettivi, ma a quella stessa di diritti soggettivi, in quanto i primi, come i secondi, sarebbero incapaci di rendere, attraverso un approccio definitorio analitico e dogmatico, la complessità che sta dietro a diritti come quello della libertà religiosa, dell'istruzione, della difesa, etc. I diritti fondamentali non sarebbero, così, semplicemente diritti soggettivi nell'accezione tradizionale, bensì rapporti soggettivi che svolgono un rilevante ruolo funzionale e specifico nell'ordinamento di uno Stato. Ed in effetti si suole affermare, in proposito, che i diritti fondamentali dispongono di una forza giuridica non altrimenti acquisibile, di gran lunga superiore in sé a quella degli « usuali » diritti soggettivi (5). La peculiarità dei diritti fondamentali dimora nella loro capacità di introdurre imperativi nuovi nell'ordinamento che li recepisce, trasformandolo. Un diritto fondamentale si impone come imperativo perché protegge qualcosa di più di una istanza individuale. Il *claim*, così, è soltanto uno degli aspetti del *right* (6).

Quanto, poi, all'*ubi consistam* di siffatte situazioni, sarà il caso di farsi richiamo all'avvincente dibattito sul loro fondamento ultimo, ove pesa come un macigno la nota affermazione di Bobbio, secondo la quale una tale ricerca non sarebbe altro che una pia illusione. Scrive Bobbio: « Questa illusione fu comune per secoli ai giusnaturalisti, i quali credettero di aver messo certi diritti (ma non erano sempre gli stessi) al riparo da ogni possibile confutazione derivandoli direttamente dalla natura dell'uomo » (7). E ancora: « Questa illusione oggi non è più possibile; ogni ricerca del fondamento assoluto è, a sua volta, infondata » (8). Da qui il monito dello stesso grande pensatore, secondo il quale: « Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. È un problema non filosofico, ma politico » (9).

(5) Il riferimento è a PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma, 2002, 23.

(6) Il riferimento è alle posizioni espresse da ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti in azione*, a cura di CARTABIA, Bologna, 2007, 507 ss.

(7) BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1965, 302 ss. (nonché in BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, 6 ss.).

(8) BOBBIO, *op. loc. ultt. citt.*

(9) BOBBIO, *op. loc. ultt. citt.* Monito, questo, ribadito dallo stesso Autore pochi

Sul piano storico, poi, non si potrà fare a meno di evocare le stimolanti osservazioni di Luigi Ferrajoli (10), che scorge nella « rifondazione giuridica del diritto e delle istituzioni politiche, sia statali che internazionali », all'esito della Seconda Guerra Mondiale, « il lascito politico più importante del secolo appena trascorso », rimarcando che tale rifondazione « si è espressa in due grandi conquiste (...) che hanno investito, quali altrettanti rifiuti degli orrori del passato, l'una la forma istituzionale degli Stati nazionali, l'altra le forme delle relazioni tra Stati. Entrambe queste conquiste si sono realizzate con una medesima operazione: la costituzionalizzazione del principio della pace e dei diritti umani, inclusi quei diritti alla sopravvivenza che sono i diritti sociali, quali limiti e vincoli normativi — una sorta di solenne “mai più” agli orrori della guerra e dei fascismi — imposti alla politica, ossia ai supremi poteri, sia interni che internazionali ».

Prosegue l'Autore rilevando che l'enunciazione dei diritti umani nelle Carte costituzionali risale a ben prima che al secondo dopoguerra. Essa rimonta, infatti, alle prime Costituzioni e Dichiarazioni rivoluzionarie del Settecento — la Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776, la Costituzione americana del 1787 (11), la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 — e poi alle Costituzioni e agli Statuti dell'800. Ma la rivoluzionaria, assoluta, novità della « stagione costituzionale » della metà del Novecento è la creazione di una Carta internazionale dei diritti umani: la Dichiarazione universale dei diritti umani dell'O.N.U. del 1948.

Sul piano, poi, delle Costituzioni « interne » va registrata un'altra relevantissima novità nel costituzionalismo novecentesco del secondo dopoguerra, inaugurato dalla Costituzione italiana del 1948 e dalla

anni dopo (cfr. ID., *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, in *La comunità internazionale*, 1968, 3 ss.), quando afferma che « Il problema che ci sta dinanzi (...) non è filosofico, ma giuridico, e, in più largo senso, politico. Non si tratta tanto di sapere quali e quanti siano questi diritti, quale sia la loro natura e il loro fondamento (...), ma quale sia il modo più sicuro per garantirli, per impedire che nonostante le dichiarazioni solenni vengano continuamente violati ».

(10) FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, disponibile all'indirizzo *web* seguente: http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digital/filo/testi/analisi_2002/17FER_1.RTF.

(11) Sulla protezione dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali e Dichiarazioni dei diritti in America nel corso del XVIII secolo, cfr. GENTILI, *Extending Rights: il New Judicial Federalism e la protezione dei diritti fondamentali nelle costituzioni degli Stati dell'Unione*, disponibile all'indirizzo *web* seguente: <http://www.fscpo.unict.it/Bacheca/Archivio/2010/Comparatisti/Gentili.pdf>.

legge fondamentale tedesca del 1949 e ripreso dalla costituzione greca del 1975, da quella portoghese del 1976 e da quella spagnola del 1978, non a caso seguite tutte alla liberazione di questi Paesi da regimi di tipo fascista: la loro rigidità, ossia il loro carattere sopraordinato alle leggi ordinarie, che vale a garantirne il ruolo di limiti e vincoli ai supremi poteri politici, sia di governo che legislativi.

Anche qui si è trattato di un mutamento profondo di paradigma, sia del diritto, che dello Stato. Nel paradigma paleopositivistico dello Stato liberale la legge, qualunque ne fosse il contenuto, era la fonte suprema e illimitata del diritto, non subordinata, almeno formalmente, neppure alle Costituzioni (12). Prima di tale stagione le Carte costituzionali erano certamente documenti solenni, politicamente fondativi della convivenza civile. Ma non erano in grado di limitare giuridicamente il potere legislativo. All'inizio, addirittura, la Dichiarazione francese del 1789 non fu neppure, da taluni, considerata una legge positiva (13), ma solo un documento politico. E anche dopo che ne fu riconosciuta la natura di leggi, le Costituzioni furono pur sempre considerate, per l'appunto, leggi, soggette, come tutte le altre, ai principi della successione delle leggi nel tempo. Basti ricordare lo Statuto albertino del Regno d'Italia, che fu da tutti considerato una semplice legge ordinaria, sia pure particolarmente solenne, e come tale poté essere travolto, senza un formale "colpo di stato", dalle leggi fasciste del 1925.

(12) Non ci si riferisce qui alla Costituzione americana, che fu rigida fin dall'inizio, ma per ragioni e con effetti del tutto diversi dalla rigidità delle Costituzioni europee. Come stabilì nel 1803 nella causa *Marbury v Madison* il giudice Marshall, la Costituzione americana non è derogabile dal Congresso, né dai singoli Stati perché ha la forma di un trattato, modificabile solo da tutti gli Stati membri. Ma questo comporta, in capo ai giudici, il potere di disapplicare le leggi ritenute incostituzionali nel singolo caso sottoposto al loro giudizio, ma non certo quello, attribuito invece alle Corti Costituzionali europee, di deciderne il definitivo annullamento. In Europa, invece, di rigidità costituzionale non può parlarsi fino al breve esperimento austriaco del 1920, promosso da Kelsen, e poi alla Costituzione italiana del 1948 (cfr. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit.).

(13) Si ricordi il giudizio sferzante che ne dette Jeremy Bentham nel *pamphlet* intitolato *Anarchical Fallacies* del 1796 (ed. fr. del 1816, a cura di DUMONT, *Sophismes anarchiques*, in *Oeuvres de Jérémie Bentham*, Bruxelles, 1840, I, 505 ss.), in cui Bentham qualifica la Dichiarazione, con i suoi principi e i suoi diritti, come una sorta di trattatello di diritto naturale esposto in articoli, senza rendersi conto che, una volta stipulati, quei principi avevano cambiato natura, divenendo norme vincolanti di diritto positivo (sul tema, v. anche FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit.).

Dunque, non esisteva, fino all'esito della Seconda Guerra Mondiale, nell'immaginario dei giuristi e nel senso comune, l'idea di una legge sulle leggi, di un diritto sul diritto. Ed era inconcepibile che una legge potesse vincolare la legge, essendo la legge — questo era il paradigma giuspositivistico della modernità giuridica — l'unica fonte, perciò onnipotente, del diritto: sia che fosse concepita come il prodotto della volontà del Sovrano, sia che fosse intesa come l'espressione della maggioranza parlamentare. Sicché il legislatore, nella migliore delle ipotesi il Parlamento, era a sua volta concepito come onnipotente. E onnipotente era di conseguenza la politica, di cui il diritto è il prodotto e insieme lo strumento. Con il risultato, altresì, di una concezione tutta formale e procedurale della democrazia, identificata unicamente con il potere del popolo, ossia con le procedure e i meccanismi rappresentativi volti ad assicurare il potere della maggioranza. Per non parlare del diritto internazionale, giunto alla catastrofe delle guerre mondiali anche a causa dell'assoluta mancanza di limiti e di vincoli costituzionali alla sovranità esterna degli Stati (14).

Tutto questo cambia radicalmente in quella straordinaria stagione costituente che fu il quinquennio 1945-1949, che vide l'emanazione della Carta dell'O.N.U. nel 1945, della Costituzione giapponese del 1946, della Costituzione italiana del 1948, della Dichiarazione universale dei diritti umani nel medesimo anno, della Legge fondamentale tedesca nel 1949. È grazie a queste Carte che si realizzano le grandi conquiste e le grandi rivoluzioni istituzionali; le quali cambiano la natura e la struttura del diritto e delle istituzioni politiche, dissolvendo l'una la sovranità interna, tramite i limiti e i vincoli costituzionali imposti al potere legislativo, l'altra la sovranità esterna, tramite il divieto della guerra e la stipulazione dei diritti fondamentali in capo ad ogni essere umano (15).

Proprio sul piano della sovranità esterna, un'altra rilevante conquista giuridica del secolo appena trascorso — posta in luce sempre dal citato Autore (16) — è costituita dal mutamento di paradigma intervenuto nelle relazioni internazionali. Con l'istituzione dell'O.N.U. il diritto internazionale si è trasformato, da sistema di relazioni pattizie tra Stati illimitatamente sovrani, basato sui rapporti di forza e perciò destinato, come mostrò la catastrofe dei due conflitti mondiali, a

(14) Così sempre FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit.

(15) Così FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit.

(16) FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit.

degenerare nella guerra, in un ordinamento giuridico sovra-statale, fondato sul divieto della guerra e sui diritti fondamentali di tutti gli esseri umani stabiliti quali limiti e vincoli ai poteri degli Stati. In altre parole, si è passati dal diritto internazionale a diritto sovranazionale. In fondo, a ben vedere, qualcosa di simile (anche se in misura per molti versi differente) si è avuto in Europa con la creazione della Comunità e poi dell'Unione Europea e quindi, se concentriamo ad esempio la visione al campo della cooperazione giudiziaria in materia civile, con il passaggio di tale materia dal terzo al primo pilastro, con il Trattato di Amsterdam.

È vero che anche questa conquista è rimasta, nello scacchiere internazionale, in gran parte sulla carta: allo stato, appunto, di semplice promessa. Ma ciò non toglie che essa continui ad essere la sola alternativa razionale alla guerra, endemica e globale, e a un futuro di violenze e di terrore. Ed è anche vero (17) che il costituzionalismo internazionale prefigurato dalla Carta dell'O.N.U. esprime nella maniera più esplicita il paradigma hobbesiano di quell'*artificial reason* che è il diritto (18), la cui giustificazione razionale risiede, appunto, nella sua funzione di garanzia della pace e perciò della vita.

3. C'è poi un ulteriore fondamento assiologico o filosofico dei diritti umani messo in evidenza dalle Convenzioni internazionali dei diritti: il loro ruolo, per così dire, di « leggi del più debole contro la legge del più forte »; regola, quest'ultima, che è propria dello stato di natura, ossia dell'assenza di diritto e di diritti (19). È un'ottica, se vogliamo, rovesciata rispetto a quella giusnaturalistica, che vede proprio nella natura il fondamento dei diritti fondamentali. Qui, invece, il rango costituzionale (rigido) delle norme si configura come la tecnica idonea alla tutela dei soggetti più deboli, in quanto assicura l'indisponibilità e l'inviolabilità di quelle aspettative vitali stabilite come diritti fondamentali mettendole al riparo dai rapporti di forza propri del mercato e della politica.

La stessa dottrina qui più volte citata (20) pone, però, corretta-

(17) Cfr. sempre FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit.

(18) Fin dalla prima pagina del *Leviatano*, lo Stato è chiamato da Hobbes « an artificial man » e il diritto (« equity and laws ») « an artificial reason » (HOBBS, *Leviatano*, con testo inglese del 1651 a fronte e testo latino del 1668 in nota, a cura di R. SANTI, Bompiani, Milano, 2001, *The Introduction*, 1).

(19) Così ancora FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit.

(20) Cfr. sempre FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit.

mente in luce la presenza di un fattore di preoccupazione, rappresentato dalla crisi della legalità.

Innanzitutto della legalità ordinaria, per effetto dell'inflazione legislativa che ha provocato, in tutti i Paesi avanzati, un collasso del principio di legalità. In Italia le leggi si contano, ormai, in decine di migliaia, tanto che in materia penale la Corte Costituzionale è stata costretta, nel 1988, a quella vera e propria dichiarazione di bancarotta che è stata l'archiviazione del classico principio secondo cui l'ignoranza della legge penale non scusa: le leggi, infatti, sono ormai tante e così confuse e complesse che è ben possibile che la loro ignoranza sia non solo scusabile, ma addirittura inevitabile. Si capisce come una simile disfunzione della legalità finisca per allargare enormemente gli spazi della discrezionalità giudiziaria ed equivalga, di fatto, a una regressione al diritto giurisprudenziale premoderno. Ma la crisi ha investito altresì la legalità costituzionale: si pensi solo all'indebolimento, per effetto dell'eclisse della vecchia sovranità statale e della crisi dell'unità degli ordinamenti e del sistema tradizionale delle fonti di diritto, del ruolo garantista delle Costituzioni nazionali.

Al tema dell'individuazione dei diritti fondamentali appartiene poi anche l'interrogativo — questo, assai più familiare ai giuristi, rispetto ai precedenti — circa il modo di intenderne il catalogo, vale a dire se esso debba considerarsi « chiuso », ovvero « aperto », dovendosene, peraltro, concludere che la risposta non può trovarsi se non nei rispettivi cataloghi d'appartenenza. Così, ad esempio, il nono emendamento della Costituzione degli Stati Uniti afferma che « The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people », e secondo l'art. 2 della Costituzione italiana: « La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale » (21).

(21) Con riferimento alla Costituzione italiana e al suo art. 2, il quesito in esame è affrontato, ad esempio, da BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.; PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 35 ss. Più in generale, cfr., inoltre, MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in AA.VV., *Neocostituzionalismo e tutela (sovrasovra)nazionale dei diritti fondamentali*, a cura di MAZZARESE, Torino, 2002, 23 ss.; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 343 ss.; ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, in AA.VV., *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 21 ss. Sul

Altra questione attiene allo spinosissimo tema della potenziale « competitività » fra diritti fondamentali, sia nel caso in cui il loro catalogo sia circoscritto all'insieme dei diritti esplicitamente riconosciuti dal diritto interno, sia nel caso in cui si convenga di poter tener conto anche di diritti proclamati in ambito sovranazionale (22) e/o di diritti non esplicitamente enunciati in disposizioni di diritto positivo (23). Al riguardo si suole affermare che due sono i principali tipi di conflitti che possono darsi fra diritti fondamentali, indipendentemente dal fatto che essi siano o meno espressamente enunciati in un dato ordinamento giuridico (24):

ruolo dell'art. 2 Cost. nel riconoscimento e nell'affermazione di una formazione sociale quale la famiglia di fatto, cfr., per tutti, OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 53 ss.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, 8 ss., 150, 221 ss.

(22) Due gli esempi che ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, cit., 23, segnala di « clausole che aprono l'ordinamento nazionale alle codificazioni internazionali in materia di diritti fondamentali della persona »: l'art. 10 della Costituzione spagnola (« Le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce si interpretano in conformità con la Dichiarazione universale dei diritti umani ed i trattati ed accordi internazionali sulla medesima materia ratificati dalla Spagna »), e l'art. 16 della Costituzione portoghese (« Le disposizioni costituzionali e di legge relativi ai diritti fondamentali debbono essere interpretate ed integrate in armonia con la Dichiarazione universale dei diritti umani »).

(23) Due i possibili esempi, già richiamati nel testo: il nono emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, e l'art. 2 della Costituzione Italiana. E ancora, secondo ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, cit., 24 s., che li caratterizza come « clausole di apertura generali che si richiamano al valore fondamentale della persona ed al suo libero sviluppo », ulteriori esempi possono essere individuati, ad esempio, nell'art. 2 della Legge fondamentale tedesca e nell'art. 5 della Costituzione greca (cfr. MAZZARESE, *Ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Rilievi logici ed epistemologici*, 199, nota 32, disponibile all'indirizzo *web* seguente: http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2002/10MAZZAR.PDF).

(24) Indipendentemente da qualsiasi differenza nel caratterizzarli e/o nel distinguere tipi diversi, i conflitti fra diritti fondamentali sono stati spesso indicati come una delle principali difficoltà che dei diritti fondamentali ostacolano una compiuta attuazione e una piena tutela. Così, ad esempio, BOBBIO, *opp. locc. ultt. citt.*; MAZZARESE, *Judicial Implementation of Fundamental Rights: Three Sorts of Problem*, in AA.VV., *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*, a cura di KARLSSON, JÓNSSON e BRYNJARSDÓTTIR, Berlin, 1993, 203 ss.; CORSO, *Diritti umani*, in *Ragion pratica*, 1996, n. 7, 59 ss.; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 228 ss.; KOSKENNIEMI, *The Effect of Rights on Political Culture*, in AA.VV., *The EU and Human Rights*, a cura di ALSTON, Oxford, 1999, 107 ss.; PRIETO SANCHÍS, *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, in *Ragion pratica*, 2002, n. 18, 169 ss. In particolare, secondo BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, cit.,

(a) conflitti che derivano da concezioni diverse e divergenti del valore di cui uno stesso diritto fondamentale è espressione o strumento di attuazione, e

(b) conflitti che derivano dall'impossibilità di tutelare e/o attuare un diritto fondamentale senza violarne un altro, o, almeno, senza circoscriverne la possibile portata.

Questa lettura intuitiva della nozione in esame vale, però, solo per alcuni diritti fondamentali classici e, come sottolinea Bobbio: « Nella maggior parte delle situazioni, in cui viene in questione un diritto dell'uomo, accade (...) che due diritti altrettanto fondamentali si fronteggiano e non si può proteggere incondizionatamente l'uno senza rendere inoperante l'altro » (25). Così, riprendendo l'esempio proposto dallo stesso Bobbio, il diritto di libertà di espressione può scontrarsi con il diritto di non essere offeso nelle proprie credenze religiose e/o morali, con il diritto di non essere diffamato, con il diritto di non essere truffato. Di solito, i conflitti fra diritti fondamentali derivano dalla protezione di interessi sociali diversi e/o da valori confliggenti che diritti fondamentali differenti tendono ad attuare. In sintesi, citando ancora Bobbio, si può dire che « Attraverso la proclamazione dei diritti dell'uomo abbiamo fatto emergere i valori fondamentali della civiltà umana sino al momento presente. Già, ma i valori ultimi sono antinomici: questo è il problema » (26).

4. Si è detto all'inizio di questa riflessione che l'ottica prescelta in questa sede vuole essere quella del giudice. E dunque il giudice, come giurista, per comprendere quali sono i diritti fondamentali, dovrà necessariamente rivolgersi ad un catalogo normativo. Il discorso si sposta, quindi, inevitabilmente sul piano delle fonti e della relativa

302 ss., il conflitto fra diritti fondamentali individua una delle ragioni che precludono la possibilità di indicarne un fondamento ultimo. In contrasto con quest'opinione ricorrente, FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 2000, n. 3, 51 ss., 77 ss., critica radicalmente la possibilità di conflitti fra diritti fondamentali. Secondo tale Autore, infatti: « Non ha senso parlare di « conflitti » o peggio di tendenziale o virtuale incompatibilità tra libertà negativa, da un lato, e diritti di autonomia civile e politica, dall'altro. Si deve piuttosto parlare, una volta chiarita la diversa struttura e natura dei diritti primari e secondari, di un'opposizione meno problematica, ma molto più seria ed importante: dei limiti imposti alla generica libertà negativa dall'esercizio diretto o indiretto dei diritti di autonomia, nei limiti a questi imposti dai diritti di libertà » (p. 51).

(25) BOBBIO, *op. loc. ultt. citt.*

(26) BOBBIO, *op. loc. ultt. citt.*

gerarchia. Piano che, se un tempo vedeva soltanto confrontarsi due livelli: quello della legislazione ordinaria e quello della legislazione costituzionale, oggi presuppone inevitabilmente la soluzione delle diverse questioni sopra (27) prospettate ai vari punti *sub (ii), (iii), (iv)* e *(v)*, vale a dire quelle dell'individuazione delle Carte, delle relazioni tra le stesse, nonché delle interazioni delle Carte internazionali con le Carte costituzionali nazionali e le norme ordinarie di cui il giudice deve fare applicazione.

Iniziando, dunque, dalle relazioni « gerarchiche » tra Carte sovranazionali e Carte costituzionali nazionali, va detto che il tema viene usualmente definito in dottrina come quello della « primazia costituzionale » del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale (28). Concetto, questo, che va distinto dalla « primazia ordinaria », cioè quella del diritto europeo sulle norme nazionali di rango infracostituzionale.

È abbastanza noto che la primazia ordinaria non pone particolari problemi in nessuno degli Stati membri: dopo la sentenza *Simmenthal* (29) e dopo l'adeguamento della Corte Costituzionale italiana (30), la non applicazione del diritto nazionale è la tecnica utilizzata.

La primazia costituzionale, invece, non è codificata nei trattati: non lo era in origine, né lo è oggi. Ad alcuni anni or sono risale il tentativo di riconoscere la primazia costituzionale nell'art. 1.6 del Trattato costituzionale (31), ma quest'ultimo non è stato, come noto, ratificato;

(27) Cfr. *supra*, § 1.

(28) Sul tema v., per tutti, GROPPI, *I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza « multilivello »*, disponibile al sito *web* seguente: http://www.europeanrights.eu/public/commenti/02._Groppi_it.doc; cfr. inoltre DE WITTE, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order*, in AA.VV., *The Evolution of EU Law*, a cura di CRAIG e DE BURCA, Oxford, 1999, 198.

(29) Cfr. Corte di giustizia CE 9 marzo 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. s.p.a. Simmenthal*, in causa 106/77, disponibile al seguente indirizzo *web*: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0106:IT:HTML>. La Corte di giustizia, con tale decisione, oppose l'esigenza primaria di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto, evitando procedure che non consentissero tale immediatezza, compresa la questione di legittimità costituzionale demandata alla Corte Costituzionale.

(30) A partire dalla sentenza *Granital*, su cui v. *infra*, § 7.

(31) « Art. 1.6. *Diritto dell'Unione*. — La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri ». Sul Trattato costituzionale europeo (il cui testo è disponibile alla pagina *web* seguente: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ>:

attualmente, invece, il Trattato di Lisbona si limita a una dichiarazione — annessa all'atto finale — in cui si ricorda che, in base a una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base di questi ultimi prevalgono sul diritto degli Stati membri, secondo le condizioni definite dalla giurisprudenza medesima. Pertanto, in tale dichiarazione ci si limita a richiamare le pronunce della Corte di giustizia (32).

Venendo a tali decisioni, notiamo che la sentenza *Costa v ENEL* costituisce il punto di partenza di questo *iter* giurisprudenziale (33). Già al suo interno emerge un approccio che si potrebbe definire « assolutista », quando la Corte di Lussemburgo afferma che la primazia del diritto comunitario trova conferma nell'art. 189 (ora 249) TCE, rilevando che « questa disposizione, che *non è accompagnata da alcuna riserva*, sarebbe priva di significato se uno Stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento nazionale che prevalesse sui testi comunitari » e, quindi, precisando che « il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in *qualsiasi* provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità ». Già in tale decisione emerge limpidamente che nessun tipo di atto nazionale, nemmeno di rango costituzionale, può resistere al diritto comunitario.

C:2004:310:SOM:it:HTML), cfr. AA.Vv., *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, a cura di LUCARELLI e PATRONI GRIFFI, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, Napoli, 2003; ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, 2004; AA.Vv., *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY, Bari, 2005; AA.Vv., *La Costituzione europea: un primo commento*, a cura di BASSANINI e TIBERI, Bologna, 2004; AA.Vv., *La Costituzione europea. Luci e ombre*, a cura di PACIOTTI, Roma, 2003; CURTI GIALDINO, *La Costituzione europea. Genesi - Natura - Struttura - Contenuto*, Roma, 2005.

(32) Cfr. la dichiarazione n. 17 delle « Dichiarazioni relative a disposizioni dei trattati », all'interno delle « Dichiarazioni allegate all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 », disponibile alla pagina *web* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0335:0360:IT:PDF>: « 17. Dichiarazione relativa al primato. La Conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza ».

(33) Cfr. Corte di giustizia CE 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, in causa 6/64, disponibile all'indirizzo *web* seguente: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0006:IT:HTML>.

Pochi anni dopo, nel 1970, la Corte di giustizia con un'altra celebre sentenza, nota come *Internationale Handelsgesellschaft* (34), esplicita questo contenuto che era già *in nuce* nella sentenza *Costa v ENEL*, facendo un riferimento espresso agli attentati al diritto comunitario che potrebbero essere causati dalla Costituzione di uno Stato membro. Secondo tale motivazione, l'invocazione « ai diritti fondamentali, per come formulati nella Costituzione di uno Stato membro, oppure ai principi costituzionali nazionali non può sminuire la validità di un atto comunitario o la sua validità nel territorio dello Stato ». Quindi, uno Stato non può contestare la legittima applicazione di un atto comunitario nel proprio territorio adducendo come motivo che detto atto mina i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione o la struttura costituzionale stessa del Paese. Può, dunque, dirsi che, con questa sentenza, viene affermata in modo netto anche la primazia costituzionale.

Nella successiva giurisprudenza della Corte di giustizia si registra, poi, un momento in cui la primazia costituzionale viene ulteriormente fatta valere, con il caso *Kreil* (35), in cui si sostiene che la Direttiva relativa alla parità uomo/donna nell'accesso al lavoro dovrebbe rendere inapplicabile l'art. 12 della Costituzione tedesca, che all'epoca escludeva le donne dal servizio militare comportante l'utilizzo delle armi, permettendo loro di accedere alle forze armate soltanto in posizioni legate al settore sanitario e musicale. In quel caso, quindi, la Corte di giustizia condannò la Germania in conseguenza di una norma contenuta nella sua Costituzione, senza prendere minimamente in considerazione il carattere costituzionale delle norme tedesche che venivano in rilievo.

Altra sentenza che può citarsi in quest'ottica è quella relativa al caso *Köbler* del 2003 (36). In essa si afferma il principio secondo cui gli Stati sono obbligati a risarcire ai privati i danni causati dalle violazioni del diritto comunitario loro imputabili, anche quando queste violazioni

(34) Corte di giustizia CE 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, in causa 11/70, disponibile all'indirizzo *web* seguente: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61970J0011&lg=en.

(35) Corte di giustizia CE 11 gennaio 2000, *Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland*, in causa C-285/98, disponibile all'indirizzo *web* seguente: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-285/98>.

(36) Corte di giustizia CE 30 settembre 2003, *Gerhard Köbler v Republik Österreich*, in causa C-224/01, disponibile all'indirizzo *web* seguente: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-224/01>.

derivino da una giurisdizione di ultima istanza; e potremmo ritenere incluse in questa definizione anche la giustizia costituzionale e le Corti che svolgono funzioni di tale natura. Quindi, un eventuale contrasto dei giudici nazionali con il punto di vista della Corte di giustizia potrebbe riflettersi, attraverso la sentenza *Köbler*, anche sulla responsabilità dello Stato.

Detto questo, va però anche rimarcato che, tranne limitate eccezioni (tra cui il caso *Kreil*, appena citato), la Corte di giustizia ha saputo dare prova di equilibrio e di *self-restraint*, nel suo mancato invadere l'area di protezione dei diritti costituzionali nazionali; ma ciò non toglie che il problema sussiste. Ed esiste sia, e innanzitutto, come problema di legittimazione costituzionale, sia, più in generale, come problema teorico-dogmatico (37).

5. Ma, se questa è l'ottica della Corte di Lussemburgo, per avere un quadro meno incompleto della situazione occorre anche avere riguardo all'atteggiamento della giurisprudenza dei vari « custodi » delle Costituzioni dei singoli Paesi aderenti, cioè a dire delle Corti costituzionali, proprio con riguardo al tema dei diritti fondamentali. Parlando, dunque, delle resistenze alla primazia costituzionale mostrate da varie Corti costituzionali nazionali, va subito detto che molto noto è il punto di vista della Corte Costituzionale italiana e della Corte Costituzionale federale tedesca, che hanno sviluppato la dottrina dei controlimiti. Meno noti sono altri atteggiamenti, pure mostrati da altre Corti.

Il tentativo di classificare le risposte date dalle Corti costituzionali nazionali al tema della primazia costituzionale porta a individuare, attraverso il punto di vista del diritto comparato, quattro differenti risposte.

(a) Esistono, in primo luogo, Paesi che non ammettono la primazia costituzionale e che, anzi, chiaramente la escludono. Si tratta di un nucleo di sistemi assai ristretto, quali, ad esempio, la Danimarca, la cui Corte Suprema, nel 1998, ha affermato espressamente che l'art. 20 della Costituzione non permette alla Comunità europea di legiferare in violazione della Costituzione danese, comprese le sue disposizioni in materia di diritti e libertà. Anche la Corte Costituzionale della Lituania

(37) GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, in *Panóptica*, 2010, 78 (testo disponibile in formato pdf all'indirizzo *web* seguente: http://www.panoptica.org/2010_18_pdf/18_4.pdf).

ha stabilito, nel 2006, che esiste ed è accettata la primazia ordinaria nella forma della non applicazione, ma si fa esplicita esclusione per quanto riguarda le norme costituzionali, che, quindi, non possono essere disapplicate (38).

(b) Vi sono poi altri Paesi che, in linea di principio, non ammettono la primazia costituzionale, ma che consentono di superare questo ostacolo attraverso un procedimento rinforzato (di solito, la revisione costituzionale). Era questa la situazione della Germania, quanto meno fino alla sentenza *Kreil* (39) — con cui la Corte di giustizia ha affermato, come già visto, la primazia costituzionale del diritto europeo sul GG germanico — e al c.d. *Lissabon Urteil*, con cui la Corte di Karlsruhe ha, invece, riservato al Parlamento federale e a se stessa una *Integrationsverantwortung* (40). Peraltro, la stessa Corte Costituzionale federale di Germania ha rimesso le cose in chiaro con la più recente sentenza *Honeywell* (41) e ormai dichiara apertamente che

(38) Cfr. GROPPI, *I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza "multilivello"*, cit.

(39) Su cui v. *supra*, in questo stesso §.

(40) Secondo una delle massime ufficiali della citata sentenza, « Se gli Stati membri elaborano il diritto pattizio in forma tale da consentire una modifica senza procedura di ratifica ad opera esclusivamente o prevalentemente degli organi dell'Unione, salvaguardando in linea di massima il principio di attribuzione specifica limitata, spetta anche ai corpi legislativi, accanto al Governo federale, una responsabilità particolare sotto il profilo della partecipazione, a livello nazionale in Germania disciplinata dall'art. 23, comma 1, Legge fondamentale (responsabilità per l'integrazione: *Integrationsverantwortung*) e suscettibile di essere fatta valere eventualmente in un procedimento davanti al giudice costituzionale ». Per una traduzione in lingua italiana della decisione si v. la pagina *web* seguente: http://www.Cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Traduzione_sentenza.pdf.

(41) Cfr. *BverfG* 6 luglio 2010, 2 *BvR* 2661/06, disponibile all'indirizzo *web* seguente: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html. La Corte di Karlsruhe ricorda come la prevalenza del diritto dell'Unione sia fondata sulla necessità che esso operi in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, e come questo elemento di supremazia sia compatibile con l'art. 23, paragrafo 1, della Costituzione federale, che disciplina il trasferimento dallo Stato all'Unione Europea delle competenze (e della relativa porzione di sovranità) (par. 53). Il *BVerfG* rimarca che tale supremazia non è assoluta (come, ad esempio, quella del diritto federale sul diritto dei *Länder*, art. 31 Cost. Fed.), e che, come chiarito nel precedente *Lissabon Urteil*, il *BVerfG* ha il diritto e il dovere (« ist ... berechtigt und verpflichtet ») di vigilare sugli atti dell'Unione che appaiano adottati in eccesso dei poteri conferiti dai trattati (par. 55). Questa opera di controllo da parte dei « signori del trattato » (*Herrn der Verträge*), tuttavia, deve svolgersi di concerto con la Corte di giustizia UE, nell'intento condiviso di preservare la coerenza e uniformità del diritto dell'Unione (par. 56). Ciò significa che, in linea di massima, i casi di tensione inevitabile devono essere bilanciati in maniera coo-

non solleva alcuna questione di « costituzionalità » rispetto a norme dell'Unione, se non previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Per il resto, molti sono ancora i Paesi dove il problema della primazia costituzionale può essere superato attraverso una procedura rinforzata, cioè attraverso una costituzionalizzazione del diritto europeo. Quindi sono Paesi dove una revisione costituzionale è necessaria ed è anche possibile quando il diritto europeo contrasta con il diritto costituzionale nazionale. L'elenco, probabilmente non esaustivo, comprende Francia, Spagna, Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca, Slovenia e Romania (42). Il ruolo dei giudici in questi ordinamenti è sostanzialmente quello di esercitare una sorta di potere di veto, perché aprono la strada sia all'opposizione parlamentare, sia, eventualmente, al popolo tramite

perativa, alla luce dell'idea di integrazione europea, e devono essere disinnescati attraverso un atteggiamento di attenzione reciproca (*wechselseitige Rücksichtnahme*) (par. 57). Anzitutto, questo comporta che il *BVerfG* non può dichiarare l'incostituzionalità di un atto dell'Unione prima di aver sollevato una questione pregiudiziale *ex art. 267 TUE* (par. 60), così da dare alla Corte di giustizia — nei casi più delicati — una sorta di *ultimatum*, e la possibilità di fornire dell'atto impugnato un'interpretazione « costituzionalmente orientata ». Inoltre, i casi di pronuncia di incostituzionalità devono limitarsi alle sole situazioni in cui l'infrazione del riparto delle competenze pattuito sia sufficientemente grave. Come corollario di questo atteggiamento generale, il *BVerfG* ha riconosciuto che anche alla Corte di Giustizia « deve accordarsi un margine di errore » che rende generalmente inappropriato, da parte delle Corti nazionali, il tentativo di sostituire la propria interpretazione del diritto dell'Unione a quella della Corte di giustizia UE, in caso di divergenza (par. 66).

(42) Altra precisazione è che, in effetti, questa soluzione (ovvero che, qualora esista un contrasto, questo si risolve modificando la Costituzione) è utilizzata soprattutto in rapporto al diritto europeo originario. Una volta che sono superate queste riserve di costituzionalità e che è dato effetto al diritto dei trattati nell'ordinamento nazionale, questo normalmente è immune da ogni controllo di costituzionalità negli ordinamenti che lo hanno adottato tramite questa via. Anche se ciò non ha impedito a un certo numero di Corti, prima tra tutte quella tedesca, ma anche quella polacca, e quella ceca, nonché (seppur in modo meno chiaro) quella spagnola, di introdurre in aggiunta dei limiti materiali. Più problematica è in questi stessi Paesi la questione del diritto derivato. Solo in pochi Stati il diritto derivato può essere sottoposto a controllo di costituzionalità e normalmente ciò accade attraverso la via indiretta del controllo sulle misure nazionali di attuazione; inoltre l'eventuale incostituzionalità può essere comunque superata — in questa categoria di Paesi — attraverso la revisione costituzionale. Qui il caso più noto è quello della Francia, dove le sentenze del 2004 e del 2006 del *Conseil Constitutionnel* hanno stabilito la possibilità per il *Conseil* stesso di controllare la costituzionalità di un atto nazionale di trasposizione di una Direttiva (cfr. GROPPI, *op. loc. ultt. citt.*).

il *referendum*: entrambi possono bloccare l'implementazione del diritto europeo a livello nazionale (43).

(c) Altri Stati ancora in linea di principio ammettono la primazia costituzionale, ma pongono limiti materiali (cioè quelli che nella dottrina italiana siamo abituati a chiamare controlimiti in senso stretto). A questa categoria di Paesi appartiene l'Italia, così come gli altri sistemi che individuano una sorta di « nucleo duro » di principi supremi, irrinunciabili. Di solito, tali limiti sono inseriti nella cosiddetta « clausola europea », che è introdotta dai Paesi che hanno aderito al processo di integrazione europea nelle varie fasi successive a quella della sua istituzione. Per esempio, clausole europee inserite nelle Costituzioni nazionali (ovvero clausole che riguardano il procedimento attraverso il quale lo Stato aderisce all'Unione europea, come vi appartenga e che pongono questo tipo di limiti) sono presenti nelle Costituzioni della Svezia, della Finlandia, della Grecia e del Portogallo. Altrove, come proprio in Italia, questi limiti materiali sono stati elaborati in via giurisprudenziale. Ci sono, però, anche altre Corti che pian piano si sono unite a questa comunità. In particolare, le Corti che hanno dovuto svolgere un controllo preventivo sul Trattato costituzionale hanno dovuto anche controllare in maniera puntuale che la primazia ivi compresa fosse compatibile con le loro Costituzioni (44).

(d) Infine vi sono Paesi nei quali la primazia costituzionale è totalmente accettata, senza limiti. Qui troviamo l'Austria, dove il Tribunale Costituzionale (è significativo che si tratti proprio dello Stato il cui giudice costituzionale segue un approccio kelseniano secondo cui quello che non può fare la norma inferiore, comunque lo può sempre fare la norma superiore, che quindi non identifica alcun « nucleo duro » della Costituzione), in una sentenza del 1999 sulla Commissione

(43) Cfr. GROPPI, *op. loc. ultt. citt.*

(44) Ad esempio, il Tribunale costituzionale spagnolo dopo la Dichiarazione sul Trattato costituzionale europeo (la *Dichiarazione I* del 2004) sembra poter essere inserito in questa categoria quando ha fatto salvi le strutture costituzionali fondamentali e il sistema di valori consacrato nella Costituzione, compresi i diritti fondamentali, rispetto alla primazia costituzionale, che era invece espressamente affermata dal Trattato costituzionale. Sempre in questa categoria si colloca anche il Regno Unito, benché possa sembrare strano per un ordinamento che non ha una costituzione scritta. La giurisprudenza ha individuato un nucleo di principi riconducibili a un diritto fondamentale o costituzionale garantito dal diritto britannico di fronte al quale il diritto europeo deve fermarsi. Qui la sentenza senz'altro più nota è quella che va sotto il nome di *Metric Martyrs*, relativa alla necessità di introdurre il sistema metrico decimale nelle unità di misura: cfr. GROPPI, *op. loc. ultt. citt.*

di controllo sulle telecomunicazioni, ha disapplicato l'art. 133, comma 4, della Costituzione relativo a problemi di rapporti tra giurisdizioni. Potrà, poi, citarsi il caso dell'Estonia, dove la Corte Suprema, con una sentenza del 2006 sulla possibile inclusione del Paese nella zona euro, ha dato soluzione al conflitto tra l'art. 106 del Trattato della Comunità europea sulla competenza della Banca centrale europea e l'art. 111 della Costituzione (secondo cui la Banca dell'Estonia ha la prerogativa esclusiva dell'emissione della moneta) attraverso la non applicazione della norma costituzionale (45).

6. Il bandolo della matassa, in una situazione tanto complessa, non può essere trovato se non nel necessario passaggio dal dialogo tra le Carte al dialogo tra le Corti.

Dialogo, questo, il cui strumento fondamentale è rappresentato dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (46). Questo istituto, invero, secondo le Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer (47), «lungi dal costituire un interrogatorio in cui un giudice si limita a formulare quesiti aspettando che l'altro giudice gli fornisca una risposta, si presenta come *un autentico dialogo*, una conversazione in cui i partecipanti esprimono le loro considerazioni, sebbene l'ultima parola, per ragioni istituzionali e di uniformità del sistema, spetti ad uno solo di essi, che impone la propria opinione tenendo conto del parere degli altri». È, del resto, la stessa Corte di Giustizia a riconoscere che il sistema introdotto per assicurare l'unità dell'interpretazione del diritto comunitario negli Stati membri istituisce una cooperazione

(45) In questa sentenza si afferma che l'efficacia delle disposizioni costituzionali contrarie al diritto comunitario è sospesa, così come si afferma anche che nelle materie di competenza dell'Unione europea al diritto comunitario deve sempre essere data la primazia in caso di conflitto con il diritto estone, Costituzione compresa. In questa categoria va inserito, dopo il 2006, anche Cipro perché proprio in conseguenza della sentenza sul mandato d'arresto europeo c'è stata una revisione costituzionale che ha inserito l'art. 1.a, in base al quale si proibisce l'annullamento per incostituzionalità di una legge o di un altro atto che siano necessari per l'appartenenza dello Stato all'Unione europea: cfr. GROPPI, *op. loc. ultt. citt.*

(46) In generale, sul rinvio pregiudiziale si v., per tutti, R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile. Giudice comune e diritto dell'Unione Europea. Cinque buone ragioni pratiche per diventare giudici comuni di diritto europolitano*, in *Dir. pen. contemp.*, 2012, 20 ss. (testo disponibile all'indirizzo web seguente: http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/4/-/-/1551-il_giudice_penale_italiano_e_il_diritto_dell'unione_europea_un_approccio_non_piu_differibile).

(47) Cfr. le conclusioni presentate il 28 giugno 2007, nella causa C-262/06, *Deutsche Telekom AG*.

diretta tra la Corte e i giudici nazionali basato su un dialogo tra giudici, il cui avvio si basa interamente sulla valutazione della pertinenza e della necessità del detto rinvio compiuta dal giudice nazionale (48).

Il rinvio pregiudiziale rappresenta, dunque, lo strumento che le varie Corti nazionali progressivamente adottano, al punto che non vi è più, forse, oggi alcuna Corte Costituzionale (o Corte Suprema che svolge funzioni costituzionali) che espressamente abbia negato o neghi questa possibilità. L'unica Corte che abbia rifiutato espressamente il rinvio pregiudiziale è stata la Corte Costituzionale italiana, in una sua ormai remota ordinanza del 1995 (49), poi superata dalla giurisprudenza successiva, che invece riconosce espressamente tale possibilità (50), sebbene limitata ai soli giudizi in via principale (51).

Come rimarcato in dottrina, le varie Corti, « parlando » tra di loro « secondo il metodo discorsivo » (52), costruiscono delle « passerelle che collegano ordini nazionali e sopranazionali » (53). La fortunata immagine del giudice come « costruttore di passerelle tra ordinamen-

(48) Cfr. Corte di giustizia CE 16 dicembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, in causa C-210/06, 90 s.

(49) Corte cost. 29 dicembre 1995, n. 536.

(50) Possibilità utilizzata una volta, nel 2008: cfr. Corte cost. 15 aprile 2008, n. 103, su cui v. sempre GROPPI, *op. loc. ultt. citt.*; cfr. inoltre BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed « integrazione » di ordinamenti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, articolo disponibile all'indirizzo web seguente: http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2008/0018_nota_103_2008_bartole.pdf

(51) Osserva R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile. Giudice comune e diritto dell'Unione Europea. Cinque buone ragioni pratiche per diventare giudici comuni di diritto eurounitario*, cit., 3, come « la Corte Costituzionale, autoescludendosi dal rinvio pregiudiziale nei giudizi incidentali (Corte cost. n.103/2008), non si sia completamente aperta all'idea di un dialogo "franco ed alla pari" con la Corte di giustizia anzi caldeggiando, in nome di principi intoccabili, un sereno distacco da quelli che altri colgono come frutti virtuosi prodotti dall'ordinamento eurounitario e che ancora oggi il giudice delle leggi interpreta come elementi capaci di minare le fondamenta dello Stato e della sua sovranità ».

(52) HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, 143 ss.

(53) Cfr. COSIO, *I Diritti Fondamentali nel dialogo tra le alte Corti. Appunti per una ricerca*, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale Nuovi assetti delle fonti del Diritto del Lavoro - 2011*, a cura di BALDUCCI e SERRANO, disponibile all'indirizzo web seguente: http://caspur-ciberpublishing.it/index.php/atti_csdn/issue/view/41; v. inoltre la Prefazione al volume AA.VV., *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*, a cura di FOGLIA e COSIO, Milano, 2011.

ti » — che dobbiamo a Sabino Cassese (54) — sta conoscendo a livello europeo numerosi esempi concreti, anche al di là dei temi dei diritti fondamentali qui in esame (55). Si deve infatti rimarcare, in linea generale, una tendenza sempre più frequente dei giudici — specialmente quelli supremi — a richiamare nell'applicazione del diritto interno anche le giurisprudenze straniere su casi analoghi, quali strategie argomentative in funzione rafforzativa delle proprie decisioni (56).

Ora, il dialogo tra Corti nazionali e sovranazionali si può svolgere su piani diversi, a seconda dei giudici che vengono in considerazione. Cominciando dal piano delle relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia, appare indispensabile richiamare brevemente quale sia la disciplina italiana dell'efficacia, nel nostro ordinamento, delle norme di fonte sovranazionale. Tale efficacia è, come noto, disciplinata dalla Costituzione ed è caratterizzata da tre principi generali:

(a) Il primo consiste nella previsione di un meccanismo di

(54) S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, 3 ss., 41 ss. (cfr. anche ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, 136 ss., 146).

(55) Tra i tanti casi che si potrebbero citare si veda, ad esempio, il *rationale* posto da Lord Justice Matthew Thorpe a fondamento della decisione del caso *Radmacher v Granatino*, incentrato sulla considerazione per cui il *premarital agreement in contemplation of divorce*, stipulato tra le parti all'atto della celebrazione delle nozze, sarebbe stato ritenuto valido se portato dinanzi ad un giudice tedesco o un giudice francese (sul punto, cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, Milano, 2010, 204; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. dir.*, 2012, 73 s.). Sul tema dell'efficacia del precedente straniero, AA.VV., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, a cura di ALPA, Milano, 2006; FINE, *El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América*, in *Rev. iberoam. der. proc. const.*, n. 6/2006, 327 ss.; SPERTI, *Il dialogo fra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, 125 ss. In senso critico v., però, BORK, *Il giudice sovrano* (2002), Macerata, 2004, 163 ss.; POSTER, *The Supreme Court 2004 Term. A political court*, in 119 *Harv. Law Rev.*, 2005, 99. Nel senso, invece, che il fenomeno di « circolazione culturale » delle giurisprudenze abbia un indubbio valore positivo per lo sviluppo del diritto contemporaneo e sia ormai, per certi versi, inevitabile, oltre che destinato a portare, prima o poi, a una convergenza di risultati, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 297 ss.

(56) Per questo rilievo v. anche PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la "rivoluzione della flessibilità")*, in AA.VV., *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, a cura di RUGGERI, D'ANDREA, SAITTA e SORRENTI, Torino 2007, 289 ss.

adattamento automatico alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10, primo comma, Cost.), ai trattati sulla condizione giuridica dello straniero (art. 10, secondo comma, Cost.), ai Patti Lateranensi sui rapporti tra Stato e Chiesa (art. 7 Cost.).

(b) Il secondo consente le « limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni » e la partecipazione ad organismi internazionali rivolti a tale scopo (art. 11 Cost.).

(c) Il terzo stabilisce l'obbligo del legislatore ordinario (statale e regionale) di esercitare la potestà legislativa nel « rispetto » « dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali » (art. 117, primo comma, Cost.) (57).

Ciò premesso, va detto che, per ciò che attiene, invece, alle funzioni della Corte di giustizia, sedente in Lussemburgo, trattasi di un giudice giustamente definito (58) « proteiforme, concentrando su di sé funzioni che, ad esempio nel nostro ordinamento, spettano invece a più giudici ». Giusto per limitarci alle funzioni e ai compiti più importanti, e tralasciando quelli obiettivamente di minore interesse, la Corte di Giustizia svolge un ruolo di:

(a) Corte Costituzionale, quando è chiamata a decidere sui conflitti tra istituzioni o tra istituzioni e Stati membri, come avviene per le procedure di infrazione, ai sensi degli artt. 258-260 TFUE, ovvero nello stesso sindacato di legittimità degli atti proposto dai cd. « ricorrenti privilegiati », ai sensi dell'art. 263.1 e 263.3 TFUE;

(b) per certi versi di Giudice costituzionale, e per altri di Corte

(57)

| | | |
|--|--|---|
| <p>Art. 7. Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale.</p> <p>Art. 10. L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. (...).</p> | <p>Art. 11. L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.</p> | <p>Art. 117. La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. (...).</p> |
|--|--|---|

(58) Cfr. MUNARI, *Il ruolo della Corte di giustizia e il suo rapporto con gli altri organi dell'Unione*, in *Dir. U.E.*, 2012, 191 s.

suprema, nell'esercizio della competenza pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE (59);

(c) giudice di legittimità degli atti, che, nelle funzioni previste all'art. 263 TFUE, funziona, specie nel caso dei cd. « ricorrenti non privilegiati », come una sorta di giurisdizione amministrativa;

(d) giudice amministrativo rispetto alle cause nelle quali si fa valere la responsabilità delle Istituzioni europee *ex* art. 268 TFUE (e così anche, ma con qualche limite, nell'esercizio della cd. giurisdizione per carenza, di cui all'art. 265 TFUE).

Passando, dunque, alla disamina del rapporto tra ordinamento interno e comunitario (oggi dell'UE), nell'ottica « interna » della nostra Corte Costituzionale, va detto che, all'esito di un'evoluzione iniziata negli anni Sessanta dello scorso secolo (60), proseguita nel successivo decennio (61) e, sostanzialmente, conclusa nel 1984 (62), la Consulta ha sempre identificato nell'art. 11 Cost. la norma che ha permesso l'adesione dell'Italia alla CE, prima, e all'UE, poi, ritenendo i due ordinamenti « distinti ed al tempo stesso coordinati ». Come rilevato in

(59) Nel controllo pregiudiziale di legittimità, il ruolo è più simile a quello di una Corte Costituzionale, come parrebbe confermato, ad es., dalla sentenza *Foto-Frost* (cfr. Corte di giustizia CE 22 ottobre 1987, *Foto-Frost v Hauptzollamt Luebeck-Ost*, in causa 314/85), secondo cui « 13. Attribuendo ai giudici nazionali, avverso le cui decisioni possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, la facoltà di porre alla Corte questioni pregiudiziali d'interpretazione o d'accertamento di validità, l'art. 177 non ha risolto il problema del potere di detti giudici di dichiarare essi stessi l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie. 14. Dette giurisdizioni possono esaminare la validità di un atto comunitario e, se ritengono infondati i motivi d'invalidità adottati dalle parti, respingerli, concludendo per la piena validità dell'atto. Così facendo, infatti, essi non mettono in causa l'esistenza dell'atto comunitario. 15. Al contrario, essi non hanno il potere di dichiarare invalidi gli atti delle istituzioni comunitarie. Infatti, come è stato sottolineato nella sentenza 13 maggio 1981 (*International Chemical Corporation*, 66/80, racc. pag. 1191), le competenze attribuite alla Corte dall'art. 177 hanno essenzialmente lo scopo di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali. Questa esigenza di uniformità è particolarmente imperiosa quando sia in causa la validità di un atto comunitario. L'esistenza di divergenze fra i giudici degli Stati membri sulla validità degli atti comunitari potrebbe compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario ed attentare alla fondamentale esigenza della certezza del diritto ». Nella competenza pregiudiziale di interpretazione prevale, invece, probabilmente, il ruolo di Corte Suprema: MUNARI, *op. loc. ultt. citt.*

(60) Corte cost. 24 febbraio 1964 n. 14.

(61) Corte cost. 27 dicembre 1973 n. 183; Corte cost. 30 ottobre 1975 n. 232.

(62) Cfr. Corte cost. 8 giugno 1984 n. 170.

dottrina (63), è stata, quindi, offerta una configurazione del rapporto tra tali ordinamenti che ha assicurato il primato del diritto dell'UE, grazie al controllo diffuso di compatibilità comunitaria ed al potere del giudice *comune* di non applicare la disposizione interna in contrasto con la norma comunitaria avente effetto diretto (64).

Nella giurisprudenza costituzionale, di legittimità ed amministrativa, si è, quindi, consolidato il principio secondo il quale l'attribuzione all'UE della competenza in determinate materie comporta che, nel caso di contrasto di una norma interna con una norma comunitaria dotata di effetto diretto, la prima « non viene in rilievo », anche se, « fuori dell'ambito materiale, e dai limiti temporali in cui vige la disciplina comunitaria », essa « serba intatto il proprio valore », poiché sono ipotizzabili situazioni di diritto interno in cui continua ad esplicare efficacia (65). La questione di legittimità costituzionale proposta per denunciare l'antinomia di una norma interna con una norma UE avente effetto diretto è, dunque, inammissibile, per irrilevanza (66).

Neppure la riforma dell'art. 117 Cost. operata nel 2001 — che rilevanti conseguenze ha provocato in relazione alla posizione della CEDU nei rapporti con il nostro ordinamento, come si vedrà a tempo debito (67) — sembra aver mutato l'assetto dei rapporti tra norme comunitarie e norme costituzionali, rispetto al quale il principio della prevalenza della norma dell'Unione incontra il solo limite dei principi strutturali dell'assetto costituzionale, nonché dei diritti fondamentali della persona, limite fino ad oggi rimasto sulla carta. Ad esempio, sulla necessità di mantenere l'art. 11 Cost. come fondamento del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, la Corte Costituzio-

(63) SALVATO, *Il rapporto tra norme interne, diritto dell'UE e disposizioni della CEDU: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 2011, 333 ss.

(64) Spetta, invece, agli Stati membri individuare gli organi competenti a dichiarare definitivamente, ove necessario, la nullità della disposizione nazionale: cfr. Corte di giustizia UE 19 novembre 2009, *Filipiak*, in causa n. C-314/08.

(65) Così a partire da Corte cost. 8 giugno 1984 n. 170, sino a, tra le altre, Corte cost. 14 giugno 2002 n. 238; Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2010 n. 3674; sull'inapplicabilità del diritto dell'UE in riferimento a situazioni meramente interne, cfr. Corte di giustizia CE 1° aprile 2008, *Governo della Comunità francese e Governo vallone c. Governo fiammingo*, in causa n. C-212/06; sul tema v., per tutti, SALVATO, *op. cit.*, 333 ss.

(66) Cfr., tra le decisioni più recenti, Corte cost. 21 giugno 2010 n. 227; Corte cost. 22 aprile 2009 n. 125; Corte cost. 4 luglio 2007 n. 284.

(67) V. *infra*, § 10.

nale, nel 2010 (68), ha affermato che « Restano (...) ben fermi, anche successivamente alla riforma, oltre al vincolo in capo al legislatore e alla relativa responsabilità internazionale dello Stato, tutte le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e sul piano processuale, per l'amministrazione e per i giudici. In particolare, quanto ad eventuali contrasti con la Costituzione, resta ferma la garanzia che, diversamente dalle norme internazionali convenzionali, l'esercizio dei poteri normativi delegati all'Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona ».

Il potere di « non applicazione » della norma interna in contrasto con una disposizione dell'UE spetta al giudice *comune*, alla P.A. (69) ed alle Autorità indipendenti (70) e sussiste, come sopra precisato, in relazione alle norme dell'UE aventi effetto diretto. Questo effetto connota gli atti vincolanti dell'Unione, comprese le Direttive, scaduto il termine di recepimento (71), qualora le relative disposizioni « appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise » (72), se da esse derivi un diritto del cittadino, azionabile nei confronti dello Stato (73), anche quando formalmente non siano destinate ai singoli (74).

Siffatto potere sussiste anche quando la norma interna leda un principio generale del diritto comunitario (75) e nel caso di non completa applicazione della norma comunitaria da parte della disposizione nazionale, oppure se quest'ultima sia del tutto insufficiente per

(68) Cfr. Corte cost. 24 giugno 2010 n. 227.

(69) Corte cost. 26 giugno 2010 n. 227; Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2006 n. 3072.

(70) Cons. Stato, sez. VI, 3 settembre 2009 n. 5197; Corte di giustizia CE 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in causa n. C-198/01.

(71) Cass. 25 febbraio 2004 n. 3762; Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2006 n. 1270.

(72) Corte di giustizia CE 5 ottobre 2004, *Pfeiffer v. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, in causa n. C-397-403/01; Cons. Stato, sez. VI, 3 settembre 2009 n. 5197.

(73) Corte cost. 28 gennaio 2010 n. 28; Corte cost. 8 aprile 1991 n. 168.

(74) Corte di giustizia CE 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen*, in causa n. C-26/62; Corte di giustizia CE 17 luglio 2008, *Flughafen Köln/Bonn GmbH v Hauptzollamt Köln*, in causa n. C-226/07.

(75) Corte di giustizia CE 12 dicembre 2002, *Rodríguez Caballero c. Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, in causa n. C-442/00.

attuare la prima (76). Inoltre, secondo la Corte di Lussemburgo, il giudice nazionale deve assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età, disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, anche quando il termine di trasposizione della Direttiva non è ancora scaduto (77), mentre l'equità non consente di derogare all'applicazione delle norme comunitarie al di fuori dei casi previsti dalla normativa o nell'ipotesi in cui la normativa stessa sia dichiarata invalida (78).

Va precisato, però, che il giudice nazionale procederà alla disapplicazione della norma interna contraria alla Direttiva solo se essa riguarda un rapporto tra Stato e privati, mentre la stessa conserverà efficacia laddove la stessa incida direttamente su rapporti orizzontali (79). Si potrà citare al riguardo, ad es., il caso della Direttiva 85/577 per la tutela dei consumatori nel caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, oggetto di una sentenza della Corte di giustizia CE

(76) Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2009 n. 1054: «L'istituto della disapplicazione o, come ha precisato la Corte Costituzionale, della "non applicazione" della norma nazionale, quando essa sia in contrasto con quella comunitaria, deve essere utilizzato anche nel caso in cui si sia in presenza di una non completa applicazione di quest'ultima, ovvero quando la disposizione nazionale sia del tutto insufficiente per attuare il precetto comunitario. In materia venatoria, il principio generale è il divieto di caccia alle specie protette (art. 5 della Direttiva 79/409/CEE); una deroga a detto divieto è consentita soltanto in presenza di determinate condizioni. La normativa nazionale di recepimento dell'art. 9 della Direttiva 79/409/CEE (art. 19 *bis* della l. n. 157/1992) non è conforme alle prescrizioni comunitarie, per la mancanza in essa di un'adeguata e compiuta disciplina che, nel recepire il regime di deroga al divieto di caccia alle specie protette, avrebbe dovuto vincolarlo in modo tassativo ad una determinata quantità di capi per ciascuna specie, rappresentata dal limite nazionale della "piccola quantità" consentita dalla norma comunitaria; in più, il medesimo regime di deroga avrebbe dovuto assicurare un tempestivo controllo da parte degli organi competenti (regionali e nazionali) in relazione alla necessità di prevenire i prelievi illegali nel corso del breve periodo durante il quale è in vigore la deroga. Il fatto che la deroga non sia correttamente attuata comporta la riespansione del divieto d'ordine generale di cui al citato art. 5 della Direttiva, che è direttamente applicabile all'interno degli ordinamenti nazionali ».

(77) Corte di giustizia CE 22 novembre 2005, *Mangold v Helm*, in causa n. C-144/04.

(78) Corte di giustizia CE 26 ottobre 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun UA c. Commissione delle Comunità europee*, in causa C-248/04.

(79) Corte di giustizia CE 8 ottobre 1987, in causa C-80/86, in *Giust. civ.*, 1989, I, 3; Corte di giustizia CE 26 settembre 1996, in causa C-168/95, in *Foro it.*, 1997, IV, 93.

del 1994 (80). Si potrà, poi, anche ricordare la Direttiva 76/207, sulla parità di trattamento tra lavoratori di sesso diverso, rispetto alla quale

(80) Cfr. Corte di giustizia CE 14 luglio 1994, *Faccini Dori c. Recreb srl*, in causa C-91/92, in *Dir. comun. scambi int.*, 1994, 361, con nota di CAPELLI, di cui si riportano qui le massime: « 1. Le disposizioni di cui agli artt. 1, n. 1, 2 e 5 della Direttiva 85/577, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, sono incondizionate e sufficientemente precise per quanto concerne la determinazione dei beneficiari e il termine minimo entro il quale va notificato il recesso da un contratto stipulato fuori di un locale commerciale. Infatti, benché gli artt. 4 e 5 della Direttiva concedano agli Stati membri un certo margine di discrezionalità per quanto concerne la tutela del consumatore quando il commerciante non fornisce informazioni in merito al diritto di recesso e per quel che riguarda la fissazione del termine e delle modalità del suddetto recesso, tale margine di discrezionalità non esclude che sia possibile determinare alcuni diritti minimi da garantire in ogni caso ai consumatori.

2. La possibilità di far valere una Direttiva nei confronti degli enti statali è fondata sulla natura cogente attribuita a tale atto dall'art. 189 del Trattato, natura cogente che esiste solo nei confronti dello Stato membro cui la Direttiva è rivolta e che mira ad evitare che uno Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario. Sarebbe, infatti, inaccettabile che lo Stato al quale il legislatore comunitario prescrive l'adozione di talune norme volte a disciplinare i suoi rapporti, o quelli degli enti statali, con i privati e a riconoscere a questi ultimi il godimento di taluni diritti potesse far valere la mancata esecuzione dei suoi obblighi al fine di privare i singoli di detti diritti.

Estendere detta giurisprudenza all'ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetti immediati obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti.

Ne consegue che, in assenza di provvedimenti di attuazione entro i termini prescritti, un privato non può fondare su una Direttiva un diritto nei confronti di un altro privato, né può farlo valere dinanzi a un giudice nazionale.

3. In assenza di provvedimenti di attuazione della Direttiva 85/577, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, entro i termini prescritti, i consumatori non possono fondare sulla Direttiva stessa un diritto di recesso nei confronti dei commercianti con i quali essi hanno stipulato un contratto fuori di uno dei suddetti locali, né possono far valere tale diritto dinanzi a un giudice nazionale.

4. L'obbligo degli Stati membri, derivante da una Direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del Trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che, nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla Direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della Direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi, pertanto, all'art. 189, terzo comma, del Trattato.

è stata rifiutata la disapplicazione della norma nazionale che vieta il lavoro notturno femminile (nonostante il contrasto con la Direttiva), proprio in virtù del carattere orizzontale del rapporto tra datore di lavoro e lavoratrice oggetto della controversia (81).

7. Secondo la costante giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale e la dottrina prevalente, il potere di non applicazione spettante al giudice comune incontra il limite dell'intangibilità, da parte della norma dell'UE, dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione: si tratta della teoria detta « dei controlimiti » (82). Dottrina, questa, che presuppone evidentemente la presenza di quello che alcuni Autori hanno

5. Nel caso in cui uno Stato membro venga meno all'obbligo di attuare una Direttiva, ad esso imposto dall'art. 189, terzo comma, del Trattato, e laddove il risultato prescritto dalla Direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione del diritto nazionale da parte degli organi giurisdizionali, il diritto comunitario impone a detto Stato di risarcire i danni da esso causati ai singoli a causa della mancata attuazione della Direttiva, purché siano soddisfatte tre condizioni, e cioè: che il risultato prescritto dalla Direttiva comporti l'attribuzione di diritti a favore dei singoli; che sia possibile individuare il contenuto di tali diritti sulla base delle disposizioni della Direttiva; e che esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito. In casi del genere, spetterà al giudice nazionale garantire il diritto delle persone lese al risarcimento, nell'ambito delle norme nazionali in tema di responsabilità ».

(81) Cass. 20 novembre 1997 n. 11571, in *Foro it.*, 1998, I, 444: « Le Direttive comunitarie, le cui disposizioni abbiano un contenuto precettivo incondizionato e suscettibile di immediata applicazione, hanno efficacia cogente solo nei confronti degli Stati membri, cui esse, per loro natura, sono rivolte. Ne consegue che, in materia di lavoro notturno delle donne, non sono idonei di per sé a creare obblighi e diritti tra le parti di un rapporto di lavoro, in contrasto con le previsioni dell'art. 5 della legge 9 dicembre 1977 n. 903, l'art. 5 della Direttiva n. 76-207 sulla attuazione del principio di parità tra uomini e donne in materia di condizioni di lavoro, e, in particolare, l'inerente obbligo degli Stati membri di non stabilire come principio legislativo il divieto di lavoro notturno delle sole donne (sentenza della Corte di giustizia 5 luglio 1991 n. 245 del 1989, *Stoeckel*), obbligo comunque da ritenersi operativo nei confronti dell'Italia solo a seguito della denuncia, intervenuta nel 1992, della Convenzione OIL 9 luglio 1948 n. 89 (ratificata con legge 2 agosto 1952 n. 1305), stante il principio dell'art. 234 del Trattato CEE, facente salva l'osservanza degli obblighi internazionali precedentemente contratti dagli Stati membri ».

Per un isolato caso in cui la giurisprudenza ha ritenuto di dare applicazione alla Direttiva nell'ipotesi di rapporti orizzontali, cfr. Pret. Lecco 29 febbraio 1996, in *Lavoro nella giur.*, 1996, 671.

(82) Fra gli altri, sul punto, cfr. anche GAMBINO, *La Carta e le Corti costituzionali. « Controlimiti » e « protezione equivalente »*, in *Pol. dir.*, 2006, n. 3.

chiamato un « nucleo iperrigido » nella nostra Costituzione » (83). Si è, in proposito, anche osservato (84) che la valenza dei princìpi supremi, in tal senso, appare diversamente qualificata a seconda « che sia in gioco la legittimità di fonti atipiche (concordatarie, comunitarie e internazionali) ovvero delle leggi costituzionali » (85) e di revisione costituzionale. Nella prima fattispecie, l'individuazione dei princìpi supremi opera a mo' di garanzia, opponendo specifici controlimiti nel

(83) Sulla presenza di un nucleo iperrigido nella nostra Costituzione appare condivisibile quell'autorevole orientamento dottrinario che parla, comunque, di un « carattere relativo dei limiti sostanziali della revisione » (cfr. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 154), sottolineandosi, al contempo, che « l'idea di un nucleo costituzionale iperrigido » assume senso e contenuto forte nelle sole Costituzioni che prevedano una garanzia della loro rigidità. V. inoltre, sul tema, MODUGNO, *I « nuovi diritti » nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; ID., *Il problema dei limiti alla revisione costituzionale (in occasione di un commento al messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991)*, in *Giur. cost.*, 1992; ID., *I princìpi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in AA.Vv., *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di MODUGNO, AGRÒ e CERRI, Torino, 2002; ID., *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, in AA.Vv., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005; RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologia-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007.

(84) Cfr. GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 86 s.

(85) Cfr. MODUGNO, *I « nuovi diritti » nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 95. A mo' di esemplificazione, così, può dirsi che costituiscono indubbiamente princìpi supremi del sistema costituzionale italiano, in quanto qualificanti la sua « forma repubblicana » di Stato, l'art. 1 Cost., che statuisce il principio della sovranità popolare (fra le altre, cfr. anche Corte cost. sent. n. 571/1989, nella quale la Corte opera una lettura fondata sulla interpretazione sistematica dell'art. 1 Cost. e dell'art. 139 Cost., per assicurare la garanzia dei diritti politici anche nella loro natura di diritti inviolabili del sistema democratico), l'art. 2 Cost., ove si qualificano come inviolabili i diritti dell'uomo, l'art. 3 Cost., in tema di eguaglianza formale e sostanziale, l'art. 5 Cost., ove si sancisce l'unità e la indivisibilità della Repubblica, il principio lavoristico, quello concordatario (con le garanzie specifiche della negoziazione bilaterale ai fini della eventuale modifica dei contenuti dei patti lateranensi), nonché quello di laicità, il principio pacifista, il principio di fedeltà e il diritto di resistenza, mentre risulta molto più complessa e problematica l'individuazione dei contenuti essenziali dei diritti fondamentali. Ogni studioso, invero, ha provato ad identificare un proprio catalogo di diritti fondamentali qualificativi del sistema costituzionale, ancorché la Corte Costituzionale sia stata molto più prudente nell'assegnare tale qualificazione a tutte le disposizioni costituzionali di protezione dei diritti fondamentali medesimi (cfr. GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 86, nota 33).

rapporto fra ordinamenti sovrani, benché separati e reciprocamente integrati; nella seconda, gli stessi aiutano a fissare, identificandoli come suo architrave, principi di caratterizzazione del sistema costituzionale complessivo, ancorché al loro interno il Giudice delle leggi dovrà operare quel necessario bilanciamento nell'accordare le previste protezioni costituzionali.

Si è pure esattamente osservato (86) che costituisce un buon esempio della prima ipotesi richiamata il rapporto fra ordinamento canonico e quello costituzionale rispetto alla valenza del principio di eguaglianza, nel quale quest'ultimo si dimostrerebbe cedevole nei confronti della legislazione concordataria e ciò in ragione dell'efficacia derogatoria accordata dall'art. 7 Cost. e in modo implicito dall'art. 11 Cost. Nell'occasione, la Corte, più volte chiamata a risolvere questioni di antinomia con tale ordinamento, ha assunto chiaramente come le disposizioni di esecuzione dei Patti lateranensi, sulla base della copertura costituzionale loro accordata dal già richiamato art. 7 Cost. (87), godono di una chiara capacità di resistenza alla loro abrogazione con legge ordinaria successiva ed anche a derogare a specifiche disposizioni costituzionali, ma non fino al punto da poter incidere sui principi supremi dell'ordinamento costituzionale statale, individuati soprattutto nel principio di eguaglianza e nel diritto alla difesa (88).

(86) GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 86 s.

(87) Si ricordano, in tal senso, almeno le sentt. nn. 30, 31 e 32 del 1971; le sentt. nn. 195 del 1972, 175 del 1973, 16 e 18 del 1982. V. inoltre la sentenza n. 203/89 che, nell'identificare nel « principio di laicità dello Stato » uno dei principi supremi del sistema costituzionale, si richiama espressamente alla sent. n. 1146/88, concludendo nel senso che « nella materia vessata gli artt. 3 e 19 vengono in evidenza come valori di libertà religiosa nella duplice specificazione di divieto: *a*) che i cittadini siano discriminati per motivi di religione, *b*) che il pluralismo religioso limiti la libertà negativa di non professare alcuna religione ».

(88) Cfr., in part., Corte cost. sent. n. 18/1982. Dopo aver ricordato che la stessa aveva già più volte affermato (a partire dalle sentenze nn. 30, 31 e 32 del 1971) che le norme del Concordato, immesse nell'ordinamento italiano dalla legge n. 810 del 1929, pur fruendo della « copertura costituzionale » fornita dall'art. 7 della Costituzione, non si sottraggono al sindacato di legittimità costituzionale, che in tal caso, peraltro, resta limitato e circoscritto al solo accertamento della loro conformità o meno ai « principi supremi dell'ordinamento costituzionale », il Giudice delle leggi ne conclude che « la constatata violazione del supremo principio del diritto alla tutela giurisdizionale (...) che vuole siano in ogni caso assicurati, a chiunque e per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio (...), comporta la dichiarazione della illegittimità costituzionale delle denunciate norme, nella parte in cui le stesse prevedono che la dispensa dal

La giurisprudenza costituzionale ora citata serve ad inquadrare meglio l'atteggiamento della Consulta in merito all'individuazione di principi supremi da parte del Giudice delle leggi proprio in relazione alle antinomie fra diritto interno e diritto comunitario. Capofila di tali pronunce è la sentenza n. 183 del 1973 (89), nella quale la Corte inizia ad affermare in modo netto ciò che ripeterà più volte in seguito, e cioè che le norme comunitarie non possono violare « i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana ».

Un decennio dopo questa prima sentenza, il Giudice delle leggi ribadisce l'esistenza di tali controlimiti nel caso *Granital* (90), nel quadro di una ricostruzione in senso dualistico dei rapporti fra l'ordinamento comunitario e quello statale. Come pure rilevato in dottri-

matrimonio rato e non consumato, ottenuta attraverso l'apposito procedimento amministrativo canonico, possa produrre effetti civili nell'ordinamento dello Stato ». Tanto premesso può così sancire l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 27 maggio 1929, n. 810 (Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi, e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l'Italia, l'11 febbraio 1929), limitatamente all'esecuzione data all'art. 34, comma sesto, del Concordato, e dell'art. 17, comma secondo, della legge 27 maggio 1929, n. 847 (Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 fra la Santa Sede e l'Italia, nella parte relativa al matrimonio), « nella parte in cui le norme suddette non prevedono che alla Corte d'appello, all'atto di rendere esecutiva la sentenza del tribunale ecclesiastico, che pronuncia la nullità del matrimonio, spetta accertare che nel procedimento innanzi ai tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, e che la sentenza medesima non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano ». Sul punto, fra gli altri, cfr. anche GAMBINO e MOSCHELLA, *L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e C.E.D.U.*, in *Pol. dir.*, 2005, n. 4.

(89) Corte cost. 27 dicembre 1973 n. 183; cfr. inoltre Corte cost. 8 giugno 1984 n. 170.

(90) Corte cost. 8 giugno 1984 n. 170. Questa decisione ha disegnato due percorsi, entrambi fondati sull'art. 11 Cost., definito il « sicuro fondamento » del rapporto tra norme interne e norme comunitarie. Il primo percorso ha individuato in quella norma una delega di competenze normative all'Unione europea, con la conseguenza che quando tali competenze sono esercitate in modo pieno, nel senso che l'atto non richiede alcun intervento ulteriore da parte di autorità nazionali ed è dunque provvisto di effetto diretto, l'ordinamento interno non è competente e, dunque, deve lasciare che il rapporto sia regolato immediatamente e per intero dalla norma comunitaria. In breve, il contrasto della norma interna con quella comunitaria non dà luogo ad una questione di legittimità costituzionale, ma di competenza dell'ordinamento comunitario, sì che la norma interna « non viene in rilievo » per la disciplina del caso e non può essere applicata dal giudice comune, il quale deve applicare la norma comunitaria in luogo di quella interna.

na (91), trattasi, secondo tale giurisprudenza, di due sistemi configurati come « autonomi e distinti ancorché coordinati », secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato. Nella dottrina della Corte, la forza giuridica alla base della preminenza del diritto comunitario sul diritto interno può pacificamente individuarsi nell'art. 11 Cost. L'assunzione di un principio che vede i due ordinamenti distinti, e al contempo coordinati, porta la Corte a ribadire come — appartenendo la fonte comunitaria ad altro ordinamento — « le norme da esso derivanti vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne: e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento » (92).

La ricostruzione dualistica di tali rapporti e, al suo interno, la richiamata primazia del diritto comunitario, tuttavia, non è tale, per la Corte, da consentire di ipotizzare una sottrazione alla sua competenza dell'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno. Come lo stesso Giudice delle leggi sancisce, infatti, « questo Collegio ha, nella sentenza 183/1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali e ai diritti inalienabili della persona umana, nell'ipotesi contemplata, sia pure come improbabile, al numero 9 della parte motiva di detta pronuncia ». Con tale giurisprudenza si chiarisce, al contempo, come la Corte escluda la sua competenza a far valere la compatibilità del diritto interno rispetto a quello comunitario, riconoscendo tale competenza ai soli giudici ordinari, nonché agli altri soggetti cui compete di dare esecuzione al diritto comunitario (93). Ciò deve dirsi con riferimento al diritto comunitario che si qualifica come direttamente applicabile, residuandosi in capo alla Corte il sindacato della compatibilità del diritto interno rispetto al diritto comunitario, nell'ipotesi di norma disciplinante un principio di diritto comunitario, ancorché quest'ultima abbia preferito seguire un prevalente orientamento di *self restraint*, nel senso della restituzione degli atti di causa al giudice *a quo*, perché lo stesso si attivi nei confronti del Giudice

(91) GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 87 s.

(92) Corte cost. 8 giugno 1984 n. 170 (v. in partic. il « considerato in diritto », n. 4).

(93) In quest'ultimo senso, Corte cost. 11 luglio 1989 n. 389.

comunitario al fine di conseguire una « interpretazione certa e affidabile » (94).

È vero quindi, che, come rimarcato in dottrina (95), la Consulta, nel quadro di una concezione dualistica dei due ordinamenti, come si è già ricordato, ha pienamente confermato la primazia del diritto comunitario rispetto a quello interno, limitandosi in gran parte ad adottare sentenze monitorie, circa l'esistenza di controlimiti in difesa dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento costituzionale, o anche solo ordinanze di inammissibilità, fino a quando il Giudice comunitario non si fosse pronunciato, in ciò fruendo delle possibilità consentite dal giudizio incidentale.

Un'altra importante tappa dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana si è avuta nel 2008, allorché la Consulta ha ammesso la proposizione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (96), sebbene nei soli giudizi di costituzionalità in via principale: nella specie in merito alla compatibilità con gli artt. 49 e 87 del TCE di una disposizione legislativa regionale italiana (art. 4 della l.r. Sardegna n. 4 del 2006). Dunque, pur continuando a ritenere compito del giudice *a quo* di avvalersi del potere di rinvio in tutti i giudizi in via incidentale, la Corte Costituzionale ha affermato la propria legittimazione a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale, proprio in ragione della sua peculiare posizione nell'ordinamento interno, che la vede quale unico giudice chiamato a pronunciarsi in merito a tali controversie (97).

Nella specie, la risposta del Giudice di Lussemburgo non si è fatta

(94) Cfr. ONIDA, « *Armonia tra diversi* » e *problemi aperti. La giurisprudenza comunitaria sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, 551, per il quale il « passaggio attraverso la Corte Costituzionale (dopo il giudizio della C.G.C.E.) si potrebbe rivelare, dunque, in ogni caso superfluo ». In questo stesso senso, cfr. anche, successivamente, Corte cost. 29 dicembre 1995 n. 536; v. anche GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 90, nota 48.

(95) GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 91.

(96) Corte cost. 15 aprile 2008 n. 103, cit.; in senso contrario v. la precedente Corte cost. 29 dicembre 1995 n. 536, cit.

(97) Così SCERBO, *La Corte di giustizia si pronuncia sul primo rinvio pregiudiziale introdotto dalla Corte Costituzionale italiana*, in *Palomar*, n. 40, gennaio 2010, disponibile all'indirizzo *web* seguente: http://www3.unisi.it/dipec/palomar/040_2010.html.

attendere. Con una sentenza del 2009 (98) la Corte di giustizia si è pronunciata sulla legge oggetto del rinvio pregiudiziale dal parte del Giudice delle leggi italiano, sancendo l'esistenza di un contrasto con il principio della libera prestazione dei servizi e con il principio della libera concorrenza. La normativa oggetto di giudizio (misure fiscali previste nella legge regionale sarda relative allo scalo turistico degli aeromobili e delle imbarcazioni) viola altresì, a giudizio della Corte di Lussemburgo, il principio della libera concorrenza, dal momento che le misure legislative oggetto del rinvio prevedono uno sgravio fiscale per gli operatori stabiliti in Sardegna (99).

Ma come « funziona » concretamente la teoria dei controllimiti?

Come si è accennato, secondo la nostra Consulta, la violazione dei principi di cui sopra comporta l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di ratifica, nella parte in cui ha permesso l'ingresso nel nostro ordinamento della disposizione sovranazionale; il relativo accertamento spetta esclusivamente alla Corte Costituzionale, alla quale la questione può e deve essere prospettata dal giudice *comune* (100).

L'antinomia, invece, della norma interna con una norma dell'Unione europea dà luogo ad una questione di legittimità costituzionale esclusivamente nei casi nei quali sia fatta valere nel corso di un giudizio principale (101), ovvero qualora la seconda sia priva di effetto diret-

(98) Corte di giustizia UE 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, in causa C-169/08.

(99) Cfr. GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 96.

(100) Corte cost. 13 luglio 2007 n. 284, secondo cui « nel sistema dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, quale risulta dalla giurisprudenza di questa Corte, consolidatasi, in forza dell'art. 11 della Costituzione, soprattutto a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, le norme comunitarie provviste di efficacia diretta precludono al giudice comune l'applicazione di contrastanti disposizioni del diritto interno, quando egli non abbia dubbi — come si è verificato nella specie — in ordine all'esistenza del conflitto. La non applicazione deve essere evitata solo quando venga in rilievo il limite, sindacabile unicamente da questa Corte, del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona »; v. inoltre Corte cost. 28 dicembre 2006 n. 454; *contra*, nella giurisprudenza amministrativa, ma del tutto isolata, Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005 n. 4207, secondo cui una norma introdotta con una sentenza additiva della Corte Costituzionale sarebbe preclusiva del vaglio comunitario, che in nessun caso potrebbe superare il pronunciamento della nostra Corte Costituzionale a tutela di un diritto fondamentale.

(101) Cfr., tra le tante, Corte cost. 8 aprile 2010 n. 127 e Corte cost. 8 aprile 2010 n. 124.

to (102), oppure quando « dall'applicazione della Direttiva deriva una responsabilità penale » (103).

(102) Cfr., tra le tante, Corte cost. 24 giugno 2010 n. 227: « La giurisprudenza costituzionale ha individuato il sicuro fondamento del rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario nell'art. 11 Cost., in forza del quale la Corte ha riconosciuto, tra l'altro, il principio di prevalenza del diritto comunitario e, conseguentemente, il potere-dovere del giudice comune di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con norme comunitarie prive di effetto diretto. Il novellato art. 117, primo comma, Cost. — che pure ha colmato la lacuna della mancata copertura costituzionale per le norme internazionali convenzionali, escluse dalla previsione dell'art. 10, primo comma, Cost. — ha dunque confermato espressamente, in parte, ciò che era stato già collegato all'art. 11 Cost., e cioè l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Nel caso in esame, i rimettenti hanno correttamente valutato l'esistenza del contrasto tra l'impugnato art. 18, comma 1, lett. *r*), della legge n. 69 del 2005 e la decisione quadro n. 584 del 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e, con motivazione plausibile, hanno ritenuto preclusa l'interpretazione conforme da numerose decisioni della stessa Corte di Cassazione, suffragate sia dalla lettera della disposizione che dai lavori preparatori, e configuranti un vero e proprio diritto vivente. Il rilevato contrasto tra la normativa di recepimento e la decisione quadro, insanabile in via interpretativa, non poteva trovare rimedio nella disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice comune, trattandosi di norma dell'Unione europea priva di efficacia diretta, ma doveva essere sottoposto alla verifica di costituzionalità della Corte. Inoltre, gli atti nazionali attuativi di una decisione quadro con base giuridica nel Trattato sull'Unione europea e relativi alla cooperazione giudiziaria in materia penale non sono sottratti alla verifica di legittimità rispetto alle conferenti norme del Trattato CE, ora Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che integrano a loro volta i parametri costituzionali — artt. 11 e 117, primo comma, Cost. — che a quelle norme fanno rinvio. Nella specie rileva, infatti, oltre alla citata decisione quadro, l'art. 12 del Trattato CE, oggi art. 18 del TFUE, che vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità nel campo di applicazione del Trattato. Anche sotto tale profilo è corretto il ricorso al giudice delle leggi, poiché il contrasto della norma con il principio di non discriminazione non è sempre, di per sé, sufficiente a consentire la « non applicazione » della confliggente norma interna da parte del giudice comune. Invero, il divieto in esame, pur essendo in linea di principio di diretta applicazione ed efficacia, non è dotato di una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasta, poiché è consentito al legislatore nazionale di prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il proprio cittadino e il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia proporzionata e adeguata. L'ipotesi di illegittimità della norma nazionale per non corretta attuazione della decisione quadro è riconducibile, pertanto, ai casi in cui, secondo la giurisprudenza della Corte, non sussiste il potere del giudice comune di « non applicare » la prima, bensì il potere-dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.,

Pertanto, soltanto qualora non sia possibile superare il contrasto mediante l'interpretazione conforme e si verta nell'ambito di uno dei casi nei quali non è ammessa la disapplicazione della norma interna, il giudice *comune* deve proporre questione di legittimità costituzionale di quest'ultima. Questione che andrà prospettata in relazione agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., essendo insufficiente il riferimento al secondo di tali parametri. Come già ricordato, invero, la Corte Costituzionale ha precisato che il limite all'esercizio della funzione legislativa stabilito dall'art. 117, primo comma, Cost. è « solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea », che « trova ancora “sicuro fondamento” » nell'art. 11 Cost. in relazione a « tutte le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità » (104).

Successivamente alla novellazione dell'art. 117 Cost., restano, perciò, fermi « oltre al vincolo in capo al legislatore e alla relativa responsabilità internazionale dello Stato, tutte le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e sul piano processuale, per l'amministrazione e i giudici. In particolare, quanto ad eventuali contrasti con la Costituzione, resta ferma la garanzia che, diversamente dalle norme internazionali convenzionali (...), l'esercizio dei poteri normativi delegati all'Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona » (105), non in tutte le pertinenti norme della Carta fondamentale.

Va, ancora, aggiunto che il giudice *comune*, nei limitati casi in cui l'antinomia della norma interna con la norma dell'UE va denunciata con l'incidente di costituzionalità, prima di sollevare la relativa questione, ha l'onere di verificare l'impossibilità di porre rimedio al contrasto mediante l'interpretazione del diritto nazionale in modo conforme al diritto dell'UE (106), avendo cura di indicare le ragioni

integrati dalla norma conferente dell'Unione, laddove, come nella specie, sia impossibile escludere il detto contrasto con gli ordinari strumenti ermeneutici consentiti dall'ordinamento ». Cfr. inoltre Corte cost. 17 dicembre 2008 n. 415; Corte cost. 13 luglio 2007 n. 284.

(103) Cfr. Corte cost. 28 gennaio 2010 n. 28; in riferimento alla disciplina penale, cfr. anche Corte cost. 23 giugno 1999 n. 267; Corte cost. 26 luglio 1996 n. 317.

(104) Corte cost. 24 giugno 2010 n. 227, su cui v. *supra*, § 6.

(105) Corte cost. 24 giugno 2010 n. 227, cit.

(106) Corte cost. 28 gennaio 2010 n. 28.

che, eventualmente, la precludono (107). A tale scopo egli deve avvalersi per intero del margine di discrezionalità consentitogli dalle regole ermeneutiche (108), ma anche tenere conto che il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'esegesi *contra legem* del diritto nazionale (109). Inoltre, il giudice *comune* deve avere riguardo al testo ed alle finalità della Direttiva (110) e non può offrire una lettura della disposizione sovranazionale che entri in conflitto con i diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario (111).

Da notare che tale obbligo d'interpretazione conforme riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori che posteriori alla Direttiva. Infatti, proprio il principio d'interpretazione conforme richiede che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti della loro competenza, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena effettività della Direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima (112).

Come efficacemente riassunto in dottrina, il criterio che dovrà guidare l'interprete della indagine relativa ai rapporti fra i nuovi trattati e le Costituzioni nazionali rimane quello della «suddivisione dei rispettivi ambiti di operatività in base ad un principio di competenza, rimanendo ciascun ordinamento fondato e orientato su una propria Carta costituzionale» (113). Nell'ipotesi di sovrapposizione fra discipline dei diversi ordinamenti, i trattati godono in modo indubbio di

(107) Corte cost. 24 giugno 2010 n. 227, cit..

(108) Corte di giustizia CE 18 dicembre 2007, *Soc. Frigerio c. Comune di Triuggio*, in causa C-357/06.

(109) Corte di giustizia CE 16 giugno 2005, *Pupino*, in causa C-105/03.

(110) Corte di giustizia CE 5 ottobre 2004, *Pfeiffer v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, in causa n. C-397-403/01, cit.

(111) Corte di giustizia CE 19 febbraio 2009, *LSG - Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH v eleTele2 Telecommunication GmbH*, in causa C-557/07.

(112) Così R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile. Giudice comune e diritto dell'Unione Europea. Cinque buone ragioni pratiche per diventare giudici comuni di diritto eurounitario*, cit., 14 ss.

(113) CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto fra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, Relazione alla Giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri, Firenze, 18 febbraio 2005 (anche in *Dir. UE*, 2005, n. 3); v. inoltre GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 120, nota 128.

supremazia e prevalenza sulle Costituzioni nazionali. Tale supremazia, tuttavia, allorché tocca l'ambito dei principi e dei diritti fondamentali per come accolti e disciplinati nei singoli ordinamenti costituzionali nazionali, lascia l'ultima parola alle Costituzioni nazionali e per esse ai relativi giudici costituzionali, in una sorta di « primato invertito », in cui la prevalenza del diritto europeo è costretta ad arrestarsi di fronte ai principi supremi degli ordinamenti costituzionali (114).

In questa ottica trova piena conferma la lettura secondo la quale i controlimiti non si pongono più come « un rigido muro di confine fra ordinamenti », bensì come « il punto di snodo, la cerniera dei rapporti tra UE e Stati membri », divenendo ormai gli stessi un elemento positivo e dinamico di integrazione fra gli ordinamenti, rispetto a cui i giudici dei due sistemi potranno meglio e più proficuamente ricostruire quel necessario dialogo fra le Corti e quella circolazione di giurisprudenza che avrà il suo riscontro, in ogni caso, con riferimento al livello di protezione più elevato, di volta in volta al caso concreto, « in un'applicazione *pro individuo* dello *standard* di tutela comunitaria o nazionale che sia » (115).

(114) Cfr. CARTABIA, « *Unità nella diversità* »: *il rapporto fra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, cit. Cfr., inoltre, GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"* (29 dicembre 2011), in *www.forumcostituzionale.it*: l'Autrice rimarca che, secondo una parte della dottrina, il fatto che sia lo stesso Trattato sull'Unione europea a ritenere le strutture costituzionali degli Stati membri meritevoli di tutela rappresenterebbe il superamento del « primato assoluto » propugnato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ed avallerebbe la lettura del « primato con riserva » sostenuta dalle Corti Costituzionali degli Stati membri, che oppongono i principi inviolabili delle Costituzioni nazionali al primato del diritto dell'Unione (cfr. VON BOGDANDY e SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review* n. 48/2011). Tale tesi troverebbe conferma nella circostanza che, rispetto al Trattato costituzionale, il Trattato di Lisbona reca una clausola sul rispetto delle identità costituzionali, ma non una clausola sul primato del diritto dell'Unione: tale principio appare « derubricato », in quanto scompare dal testo del Trattato e viene relegato alla Dichiarazione n. 17 (FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009). Dal momento che tale Dichiarazione non ha forza vincolante, è stato sostenuto che « la lettura sistematica dell'art. 4 TUE e della Dichiarazione n. 17 comporta (...) non solo che i principi di assetto costituzionale fondamentale degli Stati si affiancano alla *primazia*, ma vanno ad essa anteposti » (CELOTTO, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi Studi sulla Costituzione europea*, a cura di LUCARELLI e PATRONI GRIFFI, Napoli, 2009).

(115) CELOTTO, *Una nuova ottica dei controlimiti nel T.C.E.?*, in *www.forumco-*

Concludendo sul tema, non potrà non notarsi come, ad avviso di una parte della dottrina (116), il riferimento ai controlimiti, che pure continua ad evocarsi dal giudice delle leggi, finisce sempre più con l'assomigliare ad un baluardo che la Corte mantiene quasi più per ragioni di forma che non di sostanza, finendo, peraltro, per mitigare i tentativi giurisprudenziali, anche recenti, che intendono invece riempire di contenuti i controlimiti fino al punto di escludere il dovere del giudice di ultima istanza di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando la norma comunitaria dovesse « cozzare » contro una di tali *controlimitazioni*, e di affermare che il sindacato sui controlimiti spetta allo stesso giudice e non è « sindacabile esclusivamente » dalla Consulta. Si ha così la sensazione che la teoria dei controlimiti sembri destinata, nel medio-lungo periodo, a progressivamente arenarsi. Se non è seriamente ipotizzabile che vi siano norme comunitarie in grado di vulnerare il principio democratico su cui poggia l'ordinamento nazionale o le radici stesse del Paese, per quel che riguarda il riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo, v'è da dire che esso va progressivamente assumendo una dimensione transnazionale per effetto di quel corposo numero di strumenti normativi sovranazionali — comunitari e non — che hanno disciplinato i diritti umani fondamentali e che si pongono con forza immediatamente precettiva e suprema per le giurisdizioni nazionali.

8. Una volta presentato il rapporto tra Corte Costituzionale italiana e Corte di giustizia dell'Unione europea, rimane da vedere quale sia il ruolo dei giudici comuni nazionali con riguardo ai principi fondamentali comunitari, così venendo a trattare del punto sopra (117) indicato *sub (vii)*.

Secondo la dottrina (118), la risposta maggiormente plausibile all'interrogativo, rispetto al diritto vigente (artt. 52 e 53 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.), porta a ritenere tanto che gli stessi possano

stituzionale.it; v. inoltre GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 109, nota 130.

(116) Cfr., ad es., R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile. Giudice comune e diritto dell'Unione Europea. Cinque buone ragioni pratiche per diventare giudici comuni di diritto eurounitario*, cit., 72 ss.

(117) V. *supra*, § 1.

(118) GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 123 ss.

costituire materia opportuna di rinvio pregiudiziale, quanto che possano rappresentare valido parametro ai fini dell'interpretazione degli atti sottoposti alla sua cognizione (si tratta della c.d. interpretazione conforme al diritto comunitario). È appunto in tale ambito che si dischiudono significative questioni poste dall'intersezione fra la disciplina dell'Unione in tema di diritti e di principi fondamentali comunitari (si pensi, fra le tante, alla materia del biodiritto o a quella della famiglia) e quella costituzionale di ogni singolo Paese membro dell'U.E., di norma garantita dal principio della rigidità costituzionale e da quello connesso di controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi.

Di notevole rilievo appare, poi, la disposizione della Carta dei diritti fondamentali relativa al « livello di protezione » dei diritti (art. 53), secondo cui nessuna disposizione della Carta medesima può essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, oltre che dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'U.E. o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la CEDU, e dalle Costituzioni nazionali (119). *Nulla quaestio*, pertanto, circa l'individuazione della portata e del livello di protezione dei diritti fondamentali dell'U.E. Questi ultimi sono da individuare e da proteggere secondo lo *standard* più elevato e con preferenza per le garanzie costituzionali assicurate da ogni singolo Paese membro dell'Unione europea, e naturalmente con preferenza del parametro comunitario in presenza di c.d. diritti nuovi (120).

L'espansione del ruolo del giudice ordinario, pertanto, pare trovare un suo spazio particolare negli interstizi di questi due ordinamenti giuridici. Ogni volta che la norma da utilizzarsi per la risoluzione della singola controversia sia da valutare con riferimento al sospetto di una sua incostituzionalità, la procedura è quella del ricorso alla Corte Costituzionale, la quale, in tal caso, nell'auspicio di un superamento del suo attuale orientamento giurisprudenziale in riferimento ai casi di

(119) GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 124.

(120) Sul tema v. anche R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile. Giudice comune e diritto dell'Unione Europea. Cinque buone ragioni pratiche per diventare giudici comuni di diritto europolitano*, cit., 31 ss.

« doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale » (121), dovrebbe entrare nel merito della questione sottopostale a prescindere dalla questione se la norma dell'Unione sia o meno priva di effetti diretti (122).

Tuttavia, se la stessa norma da utilizzarsi come parametro non ricade espressamente nei parametri costituzionali e nella giurisprudenza costituzionale già disponibile — nonché nell'interpretazione conforme alla Costituzione medesima — pare aprirsi più di un varco a questo stesso giudice di adire la Corte di giustizia, o mediante il rinvio pregiudiziale o mediante la risoluzione della controversia con un'interpretazione conforme alle disposizioni dei trattati. L'orizzonte che si apre, come si può cogliere, appare indubbiamente nuovo; è l'orizzonte di un controllo diffuso della costituzionalità comunitaria. Tuttavia, non pare del tutto astratto il possibile rischio di elusione del controllo di costituzionalità a seguito degli spazi riconosciuti al giudice ordinario (123).

Il percorso testé delineato, come del resto sarà parso evidente, risulta tutt'altro che lineare.

Tanto per citare un esempio, potrà dirsi che è del 2012 una decisione penale della Cassazione (124) contenente un lungo inciso sui rapporti tra diritto dell'Unione e diritto interno. Un inciso che costituisce in effetti un *obiter* nell'economia della decisione, ma che potrebbe ingenerare gravi fraintendimenti se dovesse avere seguito nella giurisprudenza futura.

Ed invero, al paragrafo 5 della sentenza citata, la Corte afferma che « la non applicazione di una norma nazionale da parte del giudice è possibile soltanto allorché si sia in presenza di un diretto contrasto tra una puntuale norma interna con un altrettanto puntuale precetto comunitario, che dovrebbe essere applicato al posto della norma interna incompatibile con esso. Situazione, questa, che può verificarsi, ad esempio, quando un principio generale posto dal Trattato CE sia stato specificato e concretizzato da una decisione della Corte di giusti-

(121) Cfr. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, V, 222 ss.

(122) GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 124.

(123) Fra gli altri, sul punto, cfr. A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, a cura di BILANCIA e DE MARCO, cit., 95 ss.

(124) Cass. pen. 16 maggio 2012 n. 18767.

zia, assumendo così la norma comunitaria carattere immediatamente precettivo, e dandosi pertanto luogo non ad un rapporto di conformità-non conformità, ma di applicabilità-non applicabilità, in quanto l'applicazione di una norma esclude l'applicabilità dell'altra ».

Nel caso, invece, di una situazione di non conformità di una norma nazionale con un principio generale del diritto comunitario, continua la Corte, il giudice nazionale avrebbe anzitutto il dovere di tentare un'interpretazione conforme; laddove questa strada si riveli impraticabile, egli sarebbe tenuto a sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, ovvero una questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117, comma primo, Cost.: « non si tratterebbe, infatti, di 'non applicare' la norma italiana per applicare al suo posto la puntuale norma comunitaria incompatibile, bensì in sostanza di, per così dire, 'disapplicare' o 'eliminare' la norma interna per la non conformità con un principio generale dell'ordinamento comunitario, compito, questo, che però spetta esclusivamente alla Corte Costituzionale, la cui sfera di attribuzioni verrebbe in pratica aggirata se si ammettesse una sorta di controllo diffuso di compatibilità comunitaria ».

Ora, a parte l'evidente bizantinismo fondato sulla (pretesa) antinomia tra « non applicazione » e « disapplicazione », va detto che, come prontamente rilevato in dottrina (125), la distinzione così enun-

(125) Cfr. PARODI e VIGANÒ, *Una (problematica) sentenza della Cassazione in tema di raccolta abusiva di scommesse e di rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, disponibile all'indirizzo web seguente: http://www.penalecontemporaneo.it/material/3-/63-/1523-una__problematica__sentenza_della_Cassazione_in_tema_di_raccolta_abusiva_di_scommesse_e_di_rapporti_tra_diritto_interno_e_diritto_dell__unione_europea. Per osservazioni critiche sulla decisione v. anche R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile. Giudice comune e diritto dell'Unione Europea. Cinque buone ragioni pratiche per diventare giudici comuni di diritto europolitano*, cit., 76 ss., il quale correttamente parla di « ritorno al passato », evidenziando come la decisione sembri prendere le mosse dalla constatazione secondo cui i principi contenuti nei Trattati UE non sarebbero *ex se* dotati di efficacia precettiva, acquisendo tale caratteristica solo per effetto dell'attività concretizzatrice della Corte di Giustizia. Tale affermazione non sembra cogliere la distinzione fra caratteristiche proprie di un diritto fondamentale, libertà o principi sanciti a livello di Trattato UE, Carta di Nizza-Strasburgo, principi generali sanciti dall'art. 6, par. 3, CEDU ed attività ermeneutica della Corte europea. Un conto sembra essere il carattere immediatamente vincolante di una di siffatte posizioni giuridiche, altra è l'attività nomofilattica che è chiamato a svolgere il giudice di Lussemburgo. Da ciò sembra doversi trarre il convincimento che l'eventuale rinvio pregiudiziale che il giudice nazionale può essere chiamato ad esercitare, pur essendo uno

ciata dalla Corte non è fondata dal punto di vista del diritto dell'Unione europea, né trova alcun appoggio nella nostra giurisprudenza costituzionale.

La sua adozione da parte della giurisprudenza italiana sovvertirebbe, infatti, l'intero sistema dei rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione, esponendo il nostro Paese a una flagrante violazione del diritto dell'Unione, così come interpretato dalla Corte di giustizia nella storica sentenza *Simmenthal*, in cui venne stabilito che « il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale » (126).

Come già ricordato, la nostra Corte Costituzionale ha, con la sentenza 170/1984 (127), tratto le necessarie conseguenze da tale principio, stabilendo che una eventuale questione di legittimità costituzionale che facesse leva sul contrasto tra la norma interna impugnata e una norma di diritto comunitario dotata di effetto diretto sarebbe inam-

strumento di straordinaria efficacia nel processo di attuazione dei diritti fondamentali, non è condizione ineludibile per riconoscere l'immediata precettività di tali diritti fondamentali tutte le volte che il giudice nazionale, sulla base del diritto vivente nazionale o della stessa Corte di Giustizia, ritenga di attribuire efficacia cogente a detto principio. Tanto è sufficiente per sgombrare il campo dall'idea di considerare che la qualificazione in termini di precettività debba farsi in astratto sulla disposizione e non già sulla norma che prende forma dal significato che alla stessa viene dato, ma non importa affatto di ritenere, come invece assume la Cassazione, che i principi generali siano privi di efficacia precettiva in assenza di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Nemmeno convincente sembra la conclusione che trae la Corte di legittimità ritenendo che il mancato rinvio pregiudiziale o il mancato rinvio degli atti alla Corte Costituzionale perché questa possa eventualmente dichiarare la contrarietà della norma interna con il principio non dotato di immediata efficacia potrebbe determinare un aggiramento del sindacato diffuso della Corte. Tali conclusioni sembrano contrastare radicalmente con i principi a suo tempo fissati da Corte cost. n. 284/2007, nella quale era apparso evidente che le norme parametro primarie comunitarie fossero *pacificamente provviste di effetto diretto*, confermando, semmai, l'estrema problematicità della soluzione che ritiene possibile il sindacato di costituzionalità in siffatti ambiti.

(126) Corte di giustizia CE 9 marzo 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. s.p.a. Simmenthal*, in causa 106/77, cit., § 24.

(127) V. *supra*, § 6.

missibile, spettando, piuttosto, al giudice ordinario risolvere il contrasto mediante la disapplicazione della norma interna.

Tali principi valgono, beninteso, soltanto per l'ipotesi in cui la norma comunitaria contrastante con quella interna sia dotata di effetto diretto. In caso contrario, il giudice ordinario in effetti non potrà risolvere direttamente il contrasto, non potendo egli stesso dare applicazione alla norma comunitaria; il contrasto dovrà, in questo caso, essere rimesso alla Corte Costituzionale, la quale dovrà, a questo punto, dichiarare illegittima la norma interna per violazione degli artt. 11 e 117, comma primo, Cost. (128). Ciò è avvenuto, ad es., nel 2010, in un

(128) Da notare che la distinzione tra norme comunitarie dotate e non dotate di effetto diretto, tuttavia, non dipende affatto — come invece sembra ritenere la Cassazione nella sentenza penale del 2012 appena citata — dalla natura di norma-precepto (puntuale) o di norma-principio della disposizione comunitaria. È pacifico, infatti, che l'effetto diretto debba essere riconosciuto — concorrendo tutte le condizioni enunciate per la prima volta dalla Corte nella sentenza *Van Gend en Loos* del 1963 — anche alle molte norme dei trattati che stabiliscono libertà (di circolazione, di stabilimento, etc.) o principi (come il principio di non discriminazione) in termini assolutamente generali, certamente non riducibili allo schema di una (puntuale) norma-precepto: cfr. PARODI e VIGANÒ, *op. loc. ultt. citt.* I medesimi Autori pongono, poi, correttamente in luce che nel precedente caso *Costa c. Enel*, del 1964, per la prima volta fu affermato il principio del primato del diritto comunitario, e in cui la Corte riconobbe l'effetto diretto delle disposizioni del Trattato di Roma in materia di libertà di stabilimento e di non discriminazione tra operatori europei nel mercato interno, precisando che spettava al giudice di merito (cioè al giudice comune) valutare se la normativa interna in concreto limitasse illegittimamente tali principi e dovesse, pertanto, essere disapplicata nel caso di specie. Ma si pensi anche, tanto per fare un esempio più recente, alla sentenza *Küçükdeveci*, pronunciata dalla Grande Sezione della Corte di giustizia il 19 gennaio 2010 (C-555/07), concernente l'incompatibilità di una legge tedesca con il principio di non discriminazione in base all'età, concretamente espresso da una Direttiva in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. La Corte affronta qui la questione alla luce del diritto primario dell'Unione, e verifica dunque la compatibilità delle disposizioni di legge interne non già con le singole disposizioni della Direttiva, ma direttamente con il principio generale di non discriminazione così come riconosciuto dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla quale — sottolineata la Corte — è ora attribuito lo stesso valore giuridico dei trattati (§§ 19-22). La Corte sottolinea, quindi, come la controversia al suo esame ricada all'interno dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (§§ 23-25), il che evidentemente consente all'art. 21 citato di spiegare effetto diretto nell'ordinamento dello Stato membro, ai sensi dell'art. 51 della Carta. Acclarata poi l'incompatibilità tra la normativa tedesca e il principio in questione, la Corte prosegue affermando recisamente che « è compito del giudice nazionale, investito di una controversia in cui è messo in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, quale espresso concretamente nella Direttiva 2000/78, assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto

caso in cui la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi su di contrasto tra una norma italiana e una Direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta, poiché dalla stessa non derivava un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente (129). Si è rilevato in proposito (130) che la Consulta si è in tal modo mantenuta un proprio intangibile ambito di intervento sulla compatibilità con le norme costituzionali e con i principi identitari dell'ordinamento costituzionale, convinta che il reciproco riconoscimento delle rispettive

dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge nazionale » (§ 51). Ribadisce, quindi, la Corte che il giudice interno non può sottrarsi a tale obbligo di disapplicazione adducendo che l'ordinamento interno non gli consente in generale di disapplicare una disposizione di legge nazionale a meno che tale norma non sia stata previamente dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale, dal momento che un tale meccanismo di intervento necessario della Corte Costituzionale sarebbe, esso stesso, contrario al principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno (§ 54), che impone, invece, che sia lo stesso giudice ordinario investito della controversia a dover disapplicare la disposizione interna contrastante con il diritto comunitario. Nella medesima sentenza *Küçükdeveci*, la Corte di giustizia ha, infine, sottolineato che il giudice ordinario ha, nel caso in cui ritenga che una disposizione di legge interna contrasti con un principio del diritto dell'Unione, la facoltà di sottoporre alla Corte una domanda pregiudiziale di interpretazione, per avere lumi sulla esatta estensione del principio in questione, ribadendo, però, che il dovere del giudice di disapplicare la disposizione di legge interna contrastante non è in alcun modo condizionato alla preventiva proposizione di una domanda pregiudiziale (§ 55), che non è necessaria qualora il giudice abbia sufficienti elementi per ritenere sussistente il contrasto tra il principio comunitario in questione e la disposizione di legge interna (cfr. PARODI e VIGANÒ, *op. loc. ultt. citt.*).

(129) Corte cost. 25 gennaio 2010 n. 28, in cui si legge, tra l'altro, che « Non è implausibile la motivazione con cui il giudice rimettente esclude di poter fare diretta applicazione delle direttive comunitarie, disapplicando di conseguenza la norma censurata, in quanto ritenuta in conflitto con le prime. La prevalente giurisprudenza di legittimità nega, infatti, il carattere « autoapplicativo » delle Direttive *de quibus*, con la conseguenza che le disposizioni nazionali, ancorché ritenute in contrasto con le stesse, hanno efficacia vincolante per il giudice (*ex plurimis*, Corte di Cassazione, ordinanza n. 1414 del 2006). Più in generale, l'efficacia diretta di una Direttiva è ammessa — secondo la giurisprudenza comunitaria e italiana — solo se dalla stessa derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente. Gli effetti diretti devono, invece, ritenersi esclusi se dall'applicazione della Direttiva deriva una responsabilità penale (*ex plurimis*, Corte di giustizia, ordinanza 24 ottobre 2002, in causa C-233/01, RAS; sentenza 29 aprile 2004, in causa C-102/02, *Beuttenmuller*; sentenza 3 maggio 2005, in cause C-387, 391, 403/02, *Berlusconi e altri*; Corte di Cassazione, sentenza n. 41839 del 2008) ».

(130) Cfr. GALLO, *Rapporti fra Corte Costituzionale e Corte EDU*, p. 25, testo disponibile al seguente indirizzo web: http://www.Cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_GALLO.pdf.

sfere sovrane di giurisdizione costituisce, in questa fase di passaggio, l'indispensabile condizione per un effettivo dialogo tra le diverse Corti nazionali ed europee e, quindi, per una loro partecipazione attiva al confronto multilivello sui diritti fondamentali.

Come si è visto, la questione di compatibilità comunitaria, quando il contrasto sia con una norma non provvista di effetto diretto o si tratti di contrasto da far valere in un giudizio principale di costituzionalità, si traduce in una questione di legittimità costituzionale. Che succede quando si pongano contestualmente una questione di legittimità costituzionale rispetto ad un parametro interno ed una questione di compatibilità comunitaria non risolvibile dal giudice comune in via interpretativa o con la disapplicazione? È la questione nota come di « doppia pregiudizialità », che ha alimentato la curiosità di molta dottrina (131), in particolare di diritto interno, e che di recente ha trovato nuovo alimento nella riforma del giudizio di costituzionalità in Francia. La legge organica di attuazione della legge costituzionale del 2008, che ha introdotto il giudizio *a posteriori* di costituzionalità, ha previsto che in caso di contestuale messa in discussione della compatibilità di una legge rispetto alla Costituzione e agli impegni internazionali, il giudice deve pronunciarsi prioritariamente sulla trasmissione della questione di costituzionalità (132).

(131) Sul tema v., per tutti, TESAURO, *Relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia*, p. 8 s.; testo disponibile in formato pdf all'indirizzo web seguente: http://www.Cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_TESAURO.pdf.

(132) Cfr. artt. 23-2 e 23-5 dell'*ordonnance* n° 58-1067 del 7 novembre 1958 (*portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*), introdotti dall'art. 1 della *loi organique* n° 2009-1523 del 10 dicembre 2009 (*relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*):

« Art. 23-2. — La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de Cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies:

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformità d'une disposizione legislativa, d'une part, aux diritti e libertà garantiti per la Costituzione et, d'autre part, agli impegni internazionali de la

Guardando al sistema italiano, dove l'ipotesi non è espressamente prevista, il problema ha la sua soluzione sia nella disciplina del giudizio di costituzionalità, sia nel rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione.

In primo luogo, infatti, il dubbio di compatibilità comunitaria deve essere risolto dal giudice comune prima di sollevare la questione di costituzionalità, in quanto inerisce alla rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Una norma che non fosse compatibile con il diritto comunitario sarebbe inapplicabile e dunque la relativa questione di costituzionalità che fosse proposta prima di sciogliere quel dubbio sarebbe inammissibile per difetto di rilevanza (133).

Dal punto di vista del diritto comunitario, poi, fin dalla sentenza *Simmenthal* e dalla sentenza *Factortame*, la Corte di giustizia ha affermato che il giudice nazionale incaricato di applicare le norme comunitarie ha l'obbligo di garantirne la piena efficacia, disapplicando all'occorrenza qual-

France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de Cassation.

La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'Etat ou à la Cour de Cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige ».

« Art. 23-5. — Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en Cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office.

En tout état de cause, le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Lorsque le Conseil Constitutionnel a été saisi, le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de Cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer ».

(133) Cfr. Corte cost. 21 marzo 2002 n. 85.

siasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere previamente la rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. E la stessa risposta la Corte ha dato alla Cassazione francese con la sentenza *Melki* (134), al giudice amministrativo bulgaro con la sentenza *Elchinov* (135) e alla Corte di Cassazione italiana (136). Lo stesso principio è stato ripetuto nella sentenza *Chartry v Belgium* (137), anche se poi la Corte si è dichiarata incompetente a risolvere la questione sottopostale in quanto l'oggetto della causa non aveva alcun collegamento con il diritto dell'Unione (138).

9. È giunto ora il momento di trattare dei rapporti tra l'ordinamento italiano e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia il 26 ottobre 1955 con l. 4 agosto 1955 n. 848 (139).

Come si è bene posto in luce in dottrina (140), a differenza del meccanismo di adattamento automatico previsto dagli artt. 10 e 11 Cost. in relazione alle norme « del diritto internazionale generalmente riconosciute » ed alle « limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento rivolto ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni », i trattati, lasciati privi di un'espressa copertura costituzionale, per potere acquistare efficacia nell'ordinamento interno, richiedono, invece, una legge del Parlamento, comprensiva sia dell'autorizzazione alla ratifica, sia di un ordine di esecuzione.

La conseguenza formale è stata che le norme convenzionali internazionali assumevano nel nostro ordinamento lo stesso rango della legge di adattamento, dunque di legge ordinaria. La conseguenza sostanziale era che, in forza del principio *lex posterior derogat legi priori*, era il tempo a determinare la prevalenza dell'una o dell'altra norma in caso di conflitto; in breve, a mettere nel nulla le norme di un trattato sottoscritto e ratificato poteva essere sufficiente una legge

(134) Corte di giustizia UE 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, nelle cause C-188-189/10.

(135) Corte di giustizia UE 5 ottobre 2010, *Elkinov*, in causa C-173/09.

(136) Corte di giustizia UE 20 Ottobre 2011, *Interedil s.r.l., in liquidazione c. Fallimento Interedil s.r.l., Intesa Gestione Crediti s.p.a.*, C-396/09.

(137) Corte di giustizia UE 1° marzo 2011, *Chartry v Belgium*, C-457/09.

(138) Cfr. TESAURO, *op. loc. ultt. citt.*

(139) Il testo attualizzato è disponibile in lingua italiana, tra l'altro, all'indirizzo *web* seguente: [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=8&DF=16 ottobre 2010&CL=ITA](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=8&DF=16%20ottobre%202010&CL=ITA).

(140) Cfr. TESAURO, *op. loc. ultt. citt.*

ordinaria, solo perché successiva a quella di adattamento. Il conflitto tra una norma interna ed una norma internazionale convenzionale, pertanto, non dava luogo ad una questione di legittimità costituzionale, ma di prevalenza di norme, di pari rango, posteriori nel tempo.

A questo problema, non da poco rispetto alle esigenze di una ordinata vita di relazioni del nostro Paese nella Comunità internazionale, la giurisprudenza — fino alla approvazione della versione attualmente in vigore dell'art. 117 Cost. — aveva posto rimedi contingenti, ora con il criterio della specialità, ora con la variante della « peculiarità », in generale con il ricorso al criterio dell'interpretazione conforme utilizzato anche con una certa disinvoltura. In definitiva, si era riusciti, da parte dei giudici comuni e del giudice costituzionale, a dare, di fatto, la prevalenza nella maggior parte dei casi alle norme internazionali.

Ed invero, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, la Convenzione europea, in quanto resa esecutiva nel nostro ordinamento interno con la sopra citata legge ordinaria, possedeva, per l'appunto, siffatto rango (141), non potendo per essa venire in considerazione l'art. 11 Cost., per l'impossibilità di individuare con riferimento ad essa « alcuna limitazione della sovranità nazionale » (142). Il giudice delle leggi aveva, quindi, costantemente negato che le disposizioni della Convenzione potessero fungere da parametri per lo scrutinio di costituzionalità (143), con conclusione non contraddetta dalla possibilità di evocarle quale parametro interposto, ai sensi dell'art. 76 Cost. (144).

Si è peraltro rimarcato in dottrina (145) che, non senza contraddizioni, la Corte Costituzionale aveva talora scrutinato nel merito la denunciata antinomia, senza pronunciarsi sul rango della Convenzione (146), ovvero era sembrata incline a riconoscere la CEDU quale parametro interposto *ex art. 10*, secondo comma, Cost. (147). In ogni caso, le norme convenzionali restavano esposte alla abrogazione da

(141) Così, a partire da Corte cost. 18 maggio 1960 n. 32, sino a Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348 e n. 349; era rimasta isolata Corte cost. 19 gennaio 1993 n. 10, l'unica sentenza ad avere affermato la natura di fonte atipica rinforzata della CEDU.

(142) Corte cost. 22 dicembre 1980 n. 188; Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 349.

(143) Cfr., tra le molte, Corte cost. 10 febbraio 1981 n. 17; Corte cost. 22 marzo 2001 n. 73.

(144) Ciò è avvenuto soprattutto in riferimento alle norme del codice di rito penale: cfr. Corte cost. 15 luglio 1991 n. 344.

(145) Cfr. SALVATO, *op. loc. ultt. citt.*

(146) Corte cost. 22 luglio 1999 n. 342.

(147) Corte cost. 23 novembre 1967 n. 120; Corte cost. 4 luglio 1977 n. 125.

parte di successive disposizioni equiordinate; inoltre, le norme di diritto internazionale pattizio, in generale, incontravano « il limite costituzionale (...) nella sua interezza, alla stregua di quanto accade con riguardo a ogni altra legge » (148).

Identico principio era stato enunciato dalla prevalente giurisprudenza, di legittimità ed amministrativa (149). La Corte di Cassazione, almeno a partire dal 1989, aveva, tuttavia, affermato che le norme della Convenzione, salvo quelle il cui contenuto fosse così generico da non delineare fattispecie sufficientemente puntualizzate, sarebbero state di immediata applicazione nel nostro Paese (150). L'irriducibilità delle norme convenzionali al diritto comunitario aveva giustificato la negazione sia del potere del giudice comune di disapplicare la norma interna in contrasto con la CEDU (151), sia dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, per la risoluzione di questioni di interpretazione delle medesime (152). Peraltro, in alcuni casi la legge di ratifica era stata ricondotta ad una competenza atipica, allo scopo di escluderne l'abrogazione da parte di leggi successive (153).

L'effetto conseguente a siffatta configurazione, consistente nell'esposizione delle disposizioni della CEDU all'abrogazione da parte di leggi successive a quella di ratifica, era stato, in parte, attenuato dalle pronunce della Consulta, che avevano sottolineato l'identità dei valori enunciati nella Convenzione e nella Costituzione (154), attribuendo una particolare forza alla CEDU, sia mediante l'enfaticizzazione della rilevanza della stessa nell'interpretazione delle norme parametro o delle norme oggetto (155), sia privilegiando l'esegesi di queste ultime con-

(148) Corte cost. 22 marzo 2001 n. 73.

(149) Cfr., tra le molte, Cass., Sez. Un., 6 maggio 2003 n. 6853; Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2004 n. 1559; per l'impossibilità di delibare eccezioni di illegittimità costituzionale riferite alla CEDU, Cass. pen. 9 luglio 1982 n. 1659, Signorelli; *contra*, Cass. pen. 12 luglio 2002 n. 33345, Pilla.

(150) Cass., Sez. Un. pen., 23 novembre 1988, Polo Castro.

(151) Cass. 10 marzo 2004 n. 4932; Cass. 27 marzo 2004 n. 6173; Cass. 11 giugno 2004 n. 11130; Cons. Stato, sez. IV, 10 agosto 2004 n. 5499; *contra*, ma isolata, Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005 n. 28507.

(152) Cass. 22 marzo 2007 n. 6978.

(153) Cass. 23 settembre 2004 n. 19082; Cass. 24 ottobre 2003 n. 16041.

(154) Cfr., tra le tante, Corte cost. 10 febbraio 1981 n. 17; Corte cost. 24 aprile 2002 n. 135.

(155) Cfr., per tutte, Corte cost. 14 dicembre 1995 n. 505; Corte cost. 23 dicembre 2004 n. 413.

forme alle disposizioni convenzionali (156), anche nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo (157).

La giurisprudenza di legittimità aveva offerto una organica soluzione alla questione in esame con quattro sentenze delle Sezioni Unite civili del 2004 — concernenti la legge 24 marzo 2001 n. 89 (cd. legge Pinto) — le quali avevano affermato, anzitutto, il dovere del giudice ordinario di « applicare il diritto nazionale conformemente alla Convenzione » e di « interpretare detta legge in modo conforme alla CEDU per come essa vive nella giurisprudenza della Corte europea », « per quanto possibile, e quindi solo nei limiti in cui detta interpretazione conforme sia resa possibile dal testo della stessa legge ». Inoltre, avevano precisato che un eventuale contrasto tra detta legge e la CEDU avrebbe posto un problema di conformità della stessa con la Costituzione, non risolvibile dal giudice comune (158).

Peculiare rilievo, nella giurisprudenza penale, avevano poi avuto tre sentenze, le quali, a cavallo tra il 2005 ed il 2006, avevano ribadito l'obbligo del giudice italiano di conformarsi alle pronunce della Corte europea (159).

Infine, va ricordato che il Consiglio di Stato, pur negando alla CEDU posizione pariordinata alla Costituzione, aveva riconosciuto, in via di interpretazione, una particolare resistenza all'abrogazione delle norme di ratifica della medesima ad opera di fonti equiordinate successive, nella parte in cui recavano una disciplina in contrasto con una norma convenzionale (160).

10. La questione in esame ha ricevuto una soluzione in grado di garantire peculiare efficacia alle disposizioni della CEDU soltanto nel

(156) Corte cost. 25 luglio 1996 n. 310; Corte cost. 27 luglio 2000 n. 376.

(157) Corte cost. 22 luglio 2005 n. 299.

(158) Cass., Sez.Un., 26 gennaio 2004 n. 1338, n. 1339, n. 1340, n. 1341.

(159) Cass. pen. 22 settembre 2005, Cat Berro, concernente la richiesta di annullamento dell'ordine di esecuzione, proposta dopo che una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo aveva accertato la violazione della Convenzione nello svolgimento in contumacia di un processo; Cass. pen. 12 luglio 2006 n. 32678, Somogyi, in tema di richiesta di restituzione nel termine per appellare proposta da un condannato dopo che il suo ricorso era stato accolto dalla Corte di Strasburgo; Cass. pen. 1° dicembre 2006 n. 2800, Dorigo, sulla eseguibilità del giudicato, nel caso in cui la Corte di Strasburgo abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dalla Convenzione.

(160) Cons. Stato, A.G., 1° marzo 2001 n. 2.

2007, con due sentenze della Corte Costituzionale (161), grazie alla novellazione dell'art. 117 Cost. ad opera della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 (162), che non può « essere ritenuto una mera riproduzione in altra forma di norme costituzionali preesistenti (in

(161) Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348 e n. 349; i principi in queste affermati sono stati poi ribaditi e specificati in successive pronunce, di seguito indicate. Su queste pronunce gemelle cfr. R. MORELLI, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo alla luce delle recenti novità del trattato di Lisbona*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2010, 416 ss., cui si fa rinvio anche per un'interessante comparazione con il sistema tedesco. V. inoltre, sempre a commento di tali decisioni, RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il « dialogo » tra le Corti*, disponibile all'indirizzo web seguente: <http://www.giurcost.org/studi/randazzo.htm>.

(162)

| | |
|--|---|
| Art. 117 Cost. anteriormente alla l. Cost. n. 3/2001 | Art. 117, primo e secondo comma, Cost. nel testo attualmente vigente |
| <p>« Art. 117 La Regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, sempreché le norme stesse non siano in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni:</p> <ul style="list-style-type: none"> — ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione; — circoscrizioni comunali; — polizia locale urbana e rurale; — fiere e mercati; — beneficenza pubblica ed assistenza sanitaria ed ospedaliera; — istruzione artigiana e professionale e assistenza scolastica; — musei e biblioteche di enti locali; — urbanistica; — turismo ed industria alberghiera; — tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale; — viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale; — navigazione e porti lacuali; — acque minerali e termali; — cave e torbiere; — caccia; — pesca nelle acque interne; — agricoltura e foreste; — artigianato; — altre materie indicate da leggi costituzionali. <p>Le leggi della Repubblica possono demandare alla Regione il potere di emanare norme per la loro attuazione ».</p> | <p>« Art. 117 La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.</p> <p>Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; b) immigrazione; c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose; d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi; e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie; f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; <i>referendum</i> statali; elezione del Parlamento europeo; g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali; h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale; i) cittadinanza, stato civile e anagrafi; l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; n) norme generali sull'istruzione; o) previdenza sociale; p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane; q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale; r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno; s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali. <p>(...) ».</p> |

particolare gli artt. 10 e 11) » e neppure è « da considerarsi operante soltanto nell'ambito dei rapporti tra lo Stato e le Regioni » (163).

Ed invero, la riformulazione dell'art. 117, primo comma, Cost., realizzata dalla riforma costituzionale del 2001, introducendo la previsione secondo cui « la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto (...) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali », ha offerto copertura costituzionale anche alle disposizioni convenzionali; compresa la CEDU, che è il trattato più frequentemente interpretato ed applicato nelle nostre aule di giustizia. Il contrasto tra norma interna e norma internazionale convenzionale è, pertanto, oggi una questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 117, primo comma, della Costituzione, di competenza della Corte Costituzionale quando non sia sanabile in via interpretativa dal giudice comune.

La Consulta, con le sentenze del 2007, ha anzitutto confermato che la CEDU non rientra nell'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, Cost.; le relative norme, poiché recepite con legge ordinaria, « non si collocano a livello costituzionale » e, per esse, non può essere evocato l'art. 11 Cost., non essendo configurabile « alcuna limitazione della sovranità nazionale », poiché i diritti fondamentali non costituiscono « una "materia" in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità ».

Poste queste premesse, le pronunce hanno affermato che soltanto il nuovo primo comma dell'art. 117 Cost. ha posto rimedio alla preesistente lacuna, introducendo un parametro che ha dato copertura alle norme convenzionali, le quali specificano, integrandone il contenuto, il dovere del legislatore di rispettare gli « obblighi internazionali ». Peraltro, ciò non significa, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. 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. Secondo la Consulta, quindi, « Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di

(163) Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348, cit..

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 (...) ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione » (164).

Siffatto contrasto dà, quindi, luogo ad una questione di costituzionalità anche quando concerna leggi cronologicamente precedenti alla modifica del parametro costituzionale (165).

Secondo il giudice delle leggi, da tale configurazione consegue che, proposto incidente di costituzionalità per violazione della CEDU, la norma convenzionale, in primo luogo, « è soggetta a sua volta (...), ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione », perché integra il parametro costituzionale, ma rimane « pur sempre ad un livello sub-costituzionale ». In secondo luogo, diversamente da quanto accade per le norme comunitarie e concordatarie, tale verifica non è limitata « alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali », ma va effettuata con tutte « le pertinenti norme della Costituzione » (166); quindi, deve « estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le « norme interposte » e quelle costituzionali » (167), per accertare se « il

(164) Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 349, cit.. Per una diversa lettura del sistema, cfr., ad es., CANNIZZARO, *Diritti “diretti” e diritti “indiretti”: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Dir. U.E.*, 2012, 34 ss., ad avviso del quale la Convenzione europea sarebbe, invece, riconducibile all’art. 11 Cost.; poiché, peraltro, non esisterebbe, sul piano logico, un nesso fra la tutela accordata dall’art. 11 Cost. e il meccanismo della disapplicazione (rispondendo quest’ultimo non già ad una esigenza funzionalmente legata alla realizzazione dell’interesse costituzionale protetto dall’art. 11, ma, piuttosto, ad una esigenza propria dell’Unione europea: un sistema normativo a favore del quale l’art. 11 ha disposto il trasferimento di poteri tipici dello Stato sovrano, fra i quali il potere di adottare norme direttamente applicabili nell’ordinamento nazionale), le norme della Convenzione, pur creando diritti soggettivi in capo ad individui e pur potendo essere invocate innanzi ai giudici nazionali, non sarebbero assistite da quel particolare meccanismo strumentale che consiste nell’obbligo posto direttamente in capo ai giudici e agli altri operatori giuridici nazionali di applicarle anche a costo di non applicare norme interne di pari grado che pretendano di disciplinare la medesima fattispecie. Il conflitto fra leggi interne e Convenzione europea non sarebbe quindi risolto, neppure secondo questa ricostruzione, attraverso lo strumento della disapplicazione, bensì attraverso il ricorso allo strumento del sindacato di costituzionalità delle leggi.

(165) Corte cost. 25 gennaio 2008 n. 39.

(166) Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 349, cit..

(167) Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348, cit..

contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU » (168).

Sempre secondo la Consulta, « il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali » (169). Ciò in quanto, evidentemente, la subordinazione della Convenzione alla Costituzione deriva dall'esigenza di garantire il più alto livello di tutela, per evitare che quella accordata ad un diritto possa pregiudicarne un altro di pari valore, obiettivo il cui conseguimento richiede un bilanciamento riservato alla Consulta, quale custode ultimo della Carta fondamentale. Nel caso in cui il giudice delle leggi accerti che il contenuto precettivo della disposizione convenzionale vulnera norme della Costituzione, « tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale », « e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta (...) l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento » (170).

Nel nostro ordinamento attuale, pertanto, alle norme di provenienza CEDU è riconosciuto un effetto orizzontale indiretto (171): « le disposizioni contenute in tali atti internazionali costituiscono, quanto meno, un notevole criterio interpretativo delle norme vigenti nel nostro ordinamento, specie quando si tratti di norme successivamente emanate » (172). Si discute, invece, se possa dirsi riscontrabile in modo chiaro la rilevanza giuridica della diretta efficacia delle norme pattizie

(168) Corte cost. 26 novembre 2009 n. 311.

(169) Corte cost. 4 dicembre 2009 n. 317.

(170) Corte cost. 26 novembre 2009 n. 311, cit..

(171) COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, Perugia, 2010, 37 ss.; cfr. inoltre NUNIN, *Le norme programmatiche della C.E.D.U. e l'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, 719 ss.

(172) Cfr. Cass. 27 maggio 1975 n. 2129, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 970: il riferimento è tratto dal famoso caso *Soraya*. Si veda anche Cass. 2 febbraio 2007 n. 2247, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1195, per cui « è configurabile, in capo al giudice del merito, un obbligo di tener conto dei criteri elaborati dalla CEDU, pur conservando un margine di valutazione che gli consente di discostarsi dalle liquidazioni effettuate da quella Corte in casi simili, purché in misura ragionevole e motivatamente ». Ambiguamente afferma, invece, Trib. Biella 1 giugno 2005, che « i giudici nazionali devono « conformarsi » alle sentenze C.E.D.U. anche al di fuori del campo d'applicazione della legge n. 89/2001, nella specie con riferimento all'applicazione dell'art. 2059 c.c. ».

nei rapporti intersoggettivi (173). L'effetto orizzontale CEDU è, invece, pacificamente accettato in Francia, ove l'art. 55 della Costituzione (174) attribuisce ai trattati internazionali un valore superiore a quello della legge ordinaria. La giurisprudenza, pertanto, ha individuato un vero e proprio *Contrôle de conventionnalité* affidato alle Corti ordinarie che, in caso di difformità del diritto interno alla Convenzione, possono disapplicarlo, con efficacia *inter partes* (175). In Spagna attraverso la legge *de amparo* i diritti fondamentali sono tutelabili direttamente innanzi ai Tribunali Costituzionali e le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno valore vincolante per gli stessi (176).

11. In base a quanto sopra esposto deriva che il giudice nazionale comune, qualora rilevi un'antinomia tra una norma interna e la CEDU, deve, anzitutto, individuare puntualmente la disposizione convenzio-

(173) COLCELLI, *op. cit.*, 37 ss. Cfr. sul punto Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348 e n. 349, cit., in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 25 ss.; va poi anche segnalata oggi una tendenza di alcune Corti di procedere ad una disapplicazione della norma interna contraria a quella CEDU: così App. Firenze 14 luglio 2006 n. 1403, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, con nota di PACINI.

(174) Art. 55 Cost. francese: « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

(175) La prima pronuncia del *Conseil d'Etat* che afferma la superiorità delle Convenzioni internazionali regolarmente incorporate nel diritto interno e che si estende su tutte le legge successive alla ratifica è il c.d. *arrêt Nicolo* del 20 ottobre 1989, in *Rec. Lebon*, 1989, 190. Si veda, successivamente, Cass. 20 giugno 2000, *Crédit Lyonnais/ Lecarpentier*, in *Rev. franç. de droit adm.*, 2000, n. 6, 123.

(176) L'art. 10.2 della Costituzione spagnola stabilisce che i diritti fondamentali presenti nella Costituzione debbano essere interpretati in modo conforme alle dichiarazioni internazionali di cui è parte la Spagna. In questo modo le dichiarazioni internazionali, compresa la CEDU, nel caso di specie, assumono una rilevanza costituzionale interna. Il *Tribunal Constitucional* utilizza la giurisprudenza della Corte di Strasburgo come orientamento al pari delle proprie pronunce, ed anzi spesso quasi fosse addirittura la giurisprudenza di un tribunale superiore; sicché sarebbe addirittura possibile affermare che esso funziona, in parte, come « delegazione » della Corte di Strasburgo e, in una certa misura, è un giudice integrato nel sistema della Convenzione di Roma. Al proposito si veda la nota pronuncia, *Tribunal Constitucional*, sentenza del 16 dicembre 1991 n. 245, *Barberà, Messegue y Jabardo*, nella quale il T.C. conclude affermando che la violazione di un diritto garantito dalla CEDU, come accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si traduce automaticamente in una lesione del corrispondente precetto della Costituzione spagnola. Tema e sentenza riportato da MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1997.

nale eventualmente vulnerata, e ciò deve fare avendo riguardo all'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo. Infatti, la rilevanza della Convenzione, « così come interpretata dal “suo” giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali » (177), avendo il giudice europeo ritenuto soggetta al suo giudizio l'attività ermeneutica del giudice nazionale, anche di quello costituzionale (178). Tale ricognizione va operata avendo riguardo alla « giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente » (179), puntualizzazione, questa, che induce a ritenere necessario verificare se sulla norma convenzionale esista un « diritto vivente » del giudice di Strasburgo, tenendo, quindi, conto delle oscillazioni della giurisprudenza europea, valorizzando, eventualmente, le opinioni dissenzienti ed accertando se si tratti di decisione resa da una Camera, ovvero dalla Grande Camera, oppure direttamente riferibile all'Italia (180).

Accertata l'esistenza di un contrasto insanabile, secondo la giurisprudenza costituzionale sopra richiamata, al giudice comune non spetta quel potere di disapplicare la norma interna, che caratterizza, invece, il caso di contrasto con il diritto dell'UE. Ciò che, del resto, non appare possibile neppure configurando un contrasto in via indiretta, per effetto della qualificazione, da parte della Corte di Lussemburgo, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario, in difetto della generale « comunitarizzazione » delle norme della Convenzione.

Egli deve, invece, verificare se sia possibile offrire della norma interna un'interpretazione conforme alla CEDU (181), entro i limiti di quanto ragionevolmente consentito dai normali criteri ermeneutici,

(177) Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 349, cit.; Corte cost. 12 marzo 2010 n. 93; Corte cost. 5 gennaio 2011 n. 1.

(178) Corte europea dei diritti dell'uomo 23 giugno 1993, *Ruiz-Mateos c. Spagna*.

(179) Corte cost. 26 novembre 2009 n. 311, cit.; sulla modalità di identificazione dei principi enunciati da tale giurisprudenza, v. anche Corte cost. 22 maggio 2009 n. 162.

(180) Sui criteri di ricostruzione ed interpretazione della giurisprudenza europea, cfr. Cass. 13 luglio 2009 n. 39078; Cass. 22 ottobre 2009 n. 48925, in ordine ai presupposti per la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, nonché ai fini dell'assoggettabilità a sequestro preventivo ed a demolizione degli immobili realizzati in violazione di norme urbanistiche penalmente sanzionate.

(181) Alle sentenze sopra richiamate, *adde* Corte cost. 5 gennaio 2011 n. 1, cit.; Corte cost. 4 giugno 2010 n. 196; Corte cost. 24 luglio 2009 n. 239.

tenendo conto che « l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza » e valorizzando gli specifici margini di apprezzamento riservati al giudice nazionale (182). Infatti, « appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali (...) si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea » (183).

È da tenere presente che, ai sensi dell'art. 32, paragrafo 1, della CEDU, il giudice interno, per accertare se vi sia contrasto fra le norme nazionali e le norme della CEDU, deve tenere conto di queste ultime solo nel significato loro attribuito dalla Corte EDU (184) e, comunque, deve interpretare la normativa nazionale in modo conforme alla CEDU (185).

Soltanto quando l'interpretazione conforme e la valorizzazione di tale margine di apprezzamento non permettano di escludere l'antinomia, il giudice comune è tenuto a proporre questione di legittimità costituzionale della norma interna, con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. La « clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali », contenuta in tale parametro, impone, infatti, « il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto » (186).

Tale criterio è stato condiviso dalla Corte europea (187), ed è stato

(182) Corte cost. 26 novembre 2009 n. 311, cit., con riguardo ai limiti di ammissibilità delle leggi interpretative; v. anche Corte cost. 5 gennaio 2011 n. 1, cit.; sul « margine di apprezzamento » spettante agli Stati, Corte cost. 28 maggio 2010 n. 187.

(183) Corte cost. 4 dicembre 2009 n. 317.

(184) Il contenuto della Convenzione e degli obblighi che da essa derivano, in particolare, è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni la Corte europea dei diritti dell'uomo ha elaborato (cfr. le sentenze nn. 257, 236, 187, 181 e 113 del 2011, 93 del 2010, 311 e 239 del 2009, 39 del 2008, 349 e 348 del 2007; ordinanza n. 180 del 2011).

(185) A pena di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, qualora detto tentativo non sia reso impossibile dal vincolo testuale dalla *littera legis* e non si sia formato un diritto vivente di segno contrario all'interpretazione che si conforma alla CEDU: sentenze nn. 236, 113, 80 e 1 del 2011; 196, 138 e 87 del 2010; 317, 311 e 239 del 2009; 39 del 2008.

(186) Corte cost. 26 novembre 2009 n. 311; Corte cost. 5 gennaio 2011 n. 1.

(187) Corte europea dei diritti dell'uomo 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*.

applicato dalla Corte di Cassazione (188), la quale ha ulteriormente chiarito che le norme della citata convenzione hanno immediata rilevanza nell'ordinamento interno. I diritti riconosciuti dalla Convenzione sono inviolabili, essendo relativi a diritti fondamentali della persona, e sostanzialmente assimilabili a quelli protetti dalla Costituzione: per questo le norme della CEDU possono essere qualificate come elementi costitutivi dell'ordine pubblico italiano (189).

La Corte di legittimità ha anche ritenuto ammissibile il ricorso straordinario, *ex art. 625-bis c.p.p.*, preordinato ad ottenere, in esecuzione di una sentenza della Corte EDU — che abbia accertato la non equità del trattamento sanzionatorio determinato, con sentenza definitiva, in violazione degli art. 6 e 7 CEDU — la sostituzione della pena inflitta con quella ritenuta equa dai giudici europei (190).

(188) Cass. 6 maggio 2009 n. 10415, secondo la quale, al fine di accertare l'osservanza del parametro di liquidazione del danno non patrimoniale da irragionevole durata del giudizio, non rileva il riferimento ad un criterio formalmente diverso rispetto a quello utilizzato dalla Corte di Strasburgo, qualora esso non « incida negativamente sulla complessiva attitudine della citata l. n. 89 del 2001, ad assicurare l'obiettivo di un serio ristoro per la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo », occorrendo comunque valutare se l'acritico recepimento del criterio del giudice europeo possa recare *vulnus* ad altri diritti fondamentali, costituzionalmente tutelati: « In tema di equa riparazione per violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, è manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 2, comma 3, lettera a), della legge 24 marzo 2001, n. 89, nella parte in cui stabilisce che, al fine dell'equa riparazione, rileva soltanto il danno riferibile al periodo eccedente il termine di ragionevole durata, non essendo ravvisabile alcuna violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento alla compatibilità con gli impegni internazionali assunti dall'Italia mediante la ratifica della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Infatti, qualora sia sostanzialmente osservato il parametro fissato dalla Corte EDU ai fini della liquidazione dell'indennizzo, la modalità di calcolo imposta dalla norma nazionale non incide sulla complessiva attitudine della legislazione interna ad assicurare l'obiettivo di un serio ristoro per la lesione del diritto in argomento, non comportando una riduzione dell'indennizzo in misura superiore a quella ritenuta ammissibile dal giudice europeo; diversamente opinando, poiché le norme CEDU integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello subcostituzionale, dovrebbe valutarsi la conformità del criterio di computo desunto dalle norme convenzionali, che attribuisce rilievo all'intera durata del processo, rispetto al novellato art. 111, secondo comma, Cost., in base al quale il processo ha un tempo di svolgimento o di durata ragionevole, potendo profilarsi, quindi, un contrasto dell'interpretazione delle norme CEDU con altri diritti costituzionalmente tutelati ».

(189) Cass. 30 settembre 2011 n. 19985, su cui v., *infra*, § 12.

(190) Cass. 11 febbraio 2010 n. 16507.

Pur confermando l'insindacabilità dell'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo, la Corte Costituzionale riserva, dunque, a sé la possibilità — oltre che di controllare la rispondenza delle norme CEDU alla Costituzione — anche di « valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano ». Questa valutazione si risolve, in particolare, in un apprezzamento da parte della Corte Costituzionale della « giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente », che consenta di rispettarne la sostanza e, nello stesso tempo, di tener conto anche delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi quale norma interposta.

A questo necessario riscontro di « non incompatibilità » formale fra diritto convenzionale e Costituzione la più volte ricordata sentenza n. 317 del 2009 ha aggiunto una ulteriore importante condizione di ordine sostanziale: e cioè che « il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema [nazionale] dei diritti fondamentali ». Richiedendo tale « *plus* di tutela », la Corte Costituzionale si dispone perciò a un confronto aperto con le giurisprudenze comunitaria e internazionali, non ripiegandosi su logiche nazionalistiche, ma riconfermando la disponibilità a superare lo stesso principio di sovranità della Costituzione politica quando ciò valga ad ampliare la tutela dei diritti della persona.

12. Altro fattore che va tenuto in conto e che in qualche modo attiene al tema dei diritti fondamentali all'interno del sistema CEDU, è il problema della diretta applicabilità delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (191). La questione che si pone al riguardo è, dunque, quella dell'eventuale presenza di effetti precettivi immediati in capo alle decisioni della Corte di Strasburgo.

Secondo un primo filone giurisprudenziale di legittimità, le sentenze della Corte EDU che dichiarano violata la Convenzione non avrebbero effetti precettivi immediati, pur producendo diritti ed ob-

(191) Sul tema cfr., *ex multis*, CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto*, *Scritti in onore di Francesco Capotorti*, I, Milano, 1999, 39; TANZARELLA, *La svolta della Cassazione sull'applicazione diretta delle sentenze di Strasburgo*, nota a Cass. 13 ottobre 2006 n. 32678, in *Quad. cost.*, 2007, 189 ss.

blighi nei confronti delle parti del giudizio: lo Stato deve, dunque, ad esse conformarsi, eliminando la violazione; la parte lesa dalla violazione ha diritto alla riparazione nella forma pecuniaria e/o specifica della *restitutio in integrum* (192).

Secondo diverso indirizzo, invece, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, una volta divenuta definitiva ai sensi dell'art. 44 della CEDU, ha effetti precettivi immediati assimilabili al giudicato e, in quanto tale, deve essere tenuta in considerazione dall'organo dello Stato che, in ragione della sua competenza, è al momento il destinatario naturale dell'obbligo giuridico, derivante dall'art. 1 della CEDU, di conformare e di non contraddire la sua decisione al deliberato della Corte di Strasburgo per la parte in cui abbia acquistato autorità di cosa giudicata in riferimento alla stessa *quaestio disputanda* della quale continua ad occuparsi detto organo. Proprio questo è l'avviso espresso da una decisione di legittimità del 2011 (193).

Nella specie, la sentenza definitiva della Corte di Strasburgo era intervenuta all'esito del giudizio penale nei confronti di un parlamentare per il reato di diffamazione in danno di un privato cittadino, che

(192) Cass. pen. 21 giugno 2010 n. 23761; Cass. 17 gennaio 2012 n. 535; Cass. 17 gennaio 2012 n. 536.

(193) Cass. 30 settembre 2011 n. 19985, su cui cfr. CASTELLANETA, *Le dichiarazioni rese nel corso di interviste sono estranee alla funzione parlamentare*, in *Guida dir.*, 5 novembre 2011, n. 44, 47 s.: « La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, una volta divenuta definitiva ai sensi dell'art. 44 della CEDU, ha effetti precettivi immediati assimilabili al giudicato e, in quanto tale, deve essere tenuta in considerazione dall'organo dello Stato che, in ragione della sua competenza, è al momento il destinatario naturale dell'obbligo giuridico, derivante dall'art. 1 della CEDU, di conformare e di non contraddire la sua decisione al deliberato della Corte di Strasburgo per la parte in cui abbia acquistato autorità di cosa giudicata in riferimento alla stessa *quaestio disputanda* della quale continua ad occuparsi detto organo. (Nella specie, la sentenza definitiva della Corte di Strasburgo era intervenuta all'esito del giudizio penale nei confronti di un parlamentare per il reato di diffamazione in danno di un privato cittadino, che si era concluso con pronuncia di inammissibilità della Corte di Cassazione in ragione della ritenuta operatività della garanzia di cui all'art. 68, primo comma, Cost., senza però sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato dinanzi alla Corte Costituzionale avverso la delibera di insindacabilità del Parlamento; la Corte EDU aveva, quindi, ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6 della Convenzione, escludendo che nella fattispecie operasse la prerogativa dell'art. 68 Cost.; nelle more del processo penale, la vittima del reato aveva, intanto, promosso il giudizio civile per ottenere dal parlamentare il risarcimento dei danni derivanti dalla diffamazione; la S.C. ha ritenuto che sulla inoperatività dell'art. 68 Cost. stabilita dalla Corte EDU derivasse un effetto di giudicato del quale il giudice della causa civile doveva tener conto, giacché chiamato a decidere sulla medesima *causa petendi*).

si era concluso con pronuncia di inammissibilità della Corte di Cassazione in ragione della ritenuta operatività della guarentigia di cui all'art. 68, primo comma, Cost., senza però sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato dinanzi alla Corte Costituzionale avverso la delibera di insindacabilità del Parlamento; la Corte EDU aveva, quindi, ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6 della Convenzione, escludendo che nella fattispecie operasse la prerogativa dell'art. 68 Cost.; nelle more del processo penale, la vittima del reato aveva, intanto, promosso il giudizio civile per ottenere dal parlamentare il risarcimento dei danni derivanti dalla diffamazione; la S.C. ha ritenuto che sul tema della inoperatività dell'art. 68 Cost. stabilita dalla Corte EDU derivasse un effetto di giudicato del quale il giudice della causa civile doveva tener conto, giacché chiamato a decidere sulla medesima *causa petendi*.

Da notare, in proposito, che l'adeguamento alle sentenze definitive della Corte EDU costituisce, per gli Stati contraenti, ai sensi dell'art. 46, par. 1, CEDU, l'oggetto di uno specifico e speculare obbligo di conformazione (194), che può ricevere attuazione anche mercé un intervento adeguatore della Consulta. Un rilevante esempio, al riguardo, è dato da una decisione del 2011 della Corte Costituzionale (195), la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.c., nella parte in cui non prevede la revisione del processo, allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte EDU che abbia accertato l'assenza di equità del processo ai sensi dell'art. 6 della CEDU, così consentendo la riapertura del processo in tale ipotesi. È evidente che questa ulteriore ipotesi di revisione del processo penale è stata resa necessaria proprio dall'esistenza del richiamato obbligo di conformazione alle sentenze della Corte EDU previsto dall'art. 46 della CEDU (196).

(194) « Le alte Parti Contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti ».

(195) Corte cost. 7 aprile 2011 n. 113. Sulla decisione cfr. GALLO, *Rapporti fra Corte Costituzionale e Corte EDU*, cit.

(196) Rileva GALLO, *Rapporti fra Corte Costituzionale e Corte EDU*, cit., 15, che il giudice che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte lamentava che l'omessa previsione, nell'art. 630 del codice di procedura penale, di un'ipotesi di revisione del processo dichiarato « ingiusto » dalla Corte di Strasburgo violasse l'art. 46 CEDU, cioè la norma che, come noto, impegna gli Stati contraenti a « conformarsi alle sentenze definitive della Corte [EDU] sulle controversie di cui sono parti ». La Corte Costituzionale, accogliendo la prospettazione del giudice rimettente, ha ritenuto che la citata disposizione codicistica ostacolasse l'adeguamento dell'ordi-

A parte questa recente situazione, va aggiunto che, come rimarcato in dottrina, diversi sono i settori in cui la nostra Consulta ha innalzato il complessivo grado di tutela dei diritti rispetto a quello previsto in Costituzione, recependo o facendo proprie indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Si pensi al tema dell'indennità di espropriazione e del risarcimento del danno derivante dalla occupazione appropriativa da parte della pubblica Amministrazione. Si tratta della cosiddetta « accessione invertita », e cioè di un istituto, di invenzione giurisprudenziale, consistente nell'utilizzazione senza titolo da parte della stessa Amministrazione di un bene per scopi di interesse pubblico, con la conseguente acquisizione di tale bene al suo patrimonio indisponibile, senza che sia necessario un valido provvedimento di esproprio.

Al riguardo, la Corte Costituzionale, nel 2007 (197), non ha avuto alcun dubbio a dichiarare costituzionalmente illegittima la disposizione di legge (198) che, per tale caso, stabiliva il risarcimento del danno in misura non corrispondente al valore di mercato del bene occupato, rilevandone il contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU in tema di diritto di proprietà, come interpretato dalla giurisprudenza europea.

Un ulteriore caso di uniformazione della giurisprudenza costituzionale alla giurisprudenza europea concerne la qualificazione della confisca « per equivalente » in materia fiscale come misura analoga a una sanzione penale, con il conseguente divieto di applicazione retroattiva. La Corte Costituzionale ha disatteso la giurisprudenza dei giudici comuni che qualificava la « confisca per equivalente » del profitto come una misura di sicurezza di carattere amministrativo (e quindi di applicazione anche retroattiva) e, allineandosi ai principi sanciti nell'art. 7

namento italiano al diritto giurisprudenziale convenzionale. Se con questa pronuncia sia stato introdotto un meccanismo capace di adattare automaticamente il diritto interno al diritto convenzionale attraverso la denuncia di una violazione dell'obbligo di adeguamento previsto nel citato art. 46 CEDU e se, in tal modo, sia divenuto possibile eludere il riscontro di conformità del diritto CEDU a Costituzione imposto dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, è un dubbio che legittimamente la dottrina ha avanzato. Sempre secondo il citato Autore, con la sentenza n. 113 del 2011, la Consulta si è collocata nella prospettiva di un confronto a tutto campo con gli apporti normativi e giurisprudenziali internazionali, superando comprensibili resistenze.

(197) Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 349.

(198) Art. 5-bis, comma 6, d.l. n. 333 del 1992, con. in l. n. 359 del 1992, nel testo sostituito dall'art. 1, comma 65, l. n. 549 del 1995.

della CEDU come interpretati dalla Corte di Strasburgo (199), l'ha ricondotta al novero delle sanzioni penali, in quanto tali, non retroattive (200).

Di contro alle predette ipotesi di « allineamento » della Consulta alla giurisprudenza prodotta sulle rive dell'Ill, si annoverano non pochi casi di « disallineamento ».

Ed invero, una divergenza, quanto meno parziale, sull'interpretazione dell'art. 7 della CEDU, relativamente all'estensione del principio di retroattività delle leggi penali, si è manifestato con riguardo alla legge che prevede un trattamento più favorevole al reo (*lex mitior*) in una decisione del 2011 (201). La Consulta era qui chiamata a decidere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 l. n. 251 del 2005 (c.d. ex-Cirielli) nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione dei reati, se più favorevoli, per i processi già pendenti in grado di appello o dinanzi alla Corte di Cassazione. Secondo il giudice *a quo*, detta disposizione, essendo venuta a limitare l'applicazione retroattiva di una norma che riduceva i termini di prescrizione del reato, più favorevole al reo, si poneva in contrasto con l'art. 7 della CEDU, nell'interpretazione di esso fornita dalla Corte di Strasburgo nel caso Scoppola contro Italia (202). In questa decisione — secondo il giudice rimettente — si era, infatti, ricavato dal citato art. 7 il principio non solo del divieto di retroattività della legge penale incriminatrice, ma anche quello della necessaria retroattività della *lex mitior* (203).

(199) Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo 9 febbraio 1995, *Welch v United Kingdom*, in causa n. 17440/90.

(200) Cfr. Corte cost. 2 aprile 2009 n. 97; Corte cost. 20 novembre 2009 n. 301.

(201) Corte cost. 22 luglio 2011 n. 236: « L'art. 10 della legge n. 251 del 2005 (ex Cirielli), nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi e più brevi termini di prescrizione nei procedimenti già pendenti in fase di appello, non contrasta con l'art. 117 della Costituzione e l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ».

(202) Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in causa n. 10249/03.

(203) Come rilevato dalla Consulta nella motivazione, « con la sentenza del 17 settembre 2009 (Scoppola contro Italia) la Grande Camera, mutando il proprio precedente e consolidato orientamento, ha ammesso che "l'art. 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa", traducendosi "nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato".

La Corte Costituzionale, nel dichiarare non fondata la questione, ha anzitutto osservato che la sentenza Scoppola, « ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio (...), resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata », ribadendo la propria competenza a trarre dalla puntualità della casistica giurisprudenziale i principi atti ad essere trasposti nell'ordinamento giuridico nazionale e a innestarsi armoniosamente in esso. In particolare si è osservato che, secondo la Corte di Strasburgo, il principio di retroattività della *lex mitior* concerne le sole « disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono » (204), mentre il principio di retroattività che vige nel nostro ordinamento, ed è formalizzato nell'art. 2, quarto comma, c.p., non deve essere limitato alle sole disposizioni concernenti la misura della pena, ma va esteso a tutte le norme sostanziali, come quelle attinenti alla prescrizione, che, pur riguardando profili diversi dalla sanzione in senso stretto, incidono sul complessivo trattamento riservato al reo (205). Peraltro, come affermato più volte dalla Consulta, « il principio di retroattività della disposizione penale più favorevole al reo — previsto a livello di legge ordinaria dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen. — non è stato costituzionalizzato dall'art. 25, secondo comma, Cost., che si è limitato a sancire l'irretroattività delle norme incriminatrici e, in generale, delle norme penali più severe. Esso, dunque, ben può subire deroghe per via di legislazione ordinaria, quando ne ricorra una sufficiente ragione giustificativa (*ex plurimis*: sentenze n. 215 del 2008, n. 393 del 2006, n. 80 del 1995, n. 74 del 1980, n. 6 del 1978; ordinanza n. 330 del 1995) » (206).

E proprio in ragione della diversa, e più ristretta, portata del principio convenzionale rispetto a quello accolto nel nostro ordinamento costituzionale, ha concluso nel senso che la ricordata giurisprudenza della Corte EDU non contrasta con l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale — affermato in numerose sue sentenze (sentenze nn. 215 e 72 del 2008, 394 e 393 del 2006) — secondo il quale il principio di

(204) Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*; nello stesso senso, Corte europea dei diritti dell'uomo 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*.

(205) Come rileva GALLO, *Rapporti fra Corte Costituzionale e Corte EDU*, cit., 21, la Corte ha chiarito, insomma, che altro è la *lex mitior* in relazione a reati e pene in senso stretto, altro è la *lex mitior* in relazione ad ulteriori istituti penali quale la prescrizione.

(206) Si pongano a raffronto le seguenti disposizioni:

necessaria retroattività della *lex mitior*, quando, come nel caso della prescrizione, non sia riferito a reati o pene, può essere bilanciato con interessi e valori di primario rilievo o con esigenze di natura processuale di analogo rango (quali l'efficienza del processo e la salvaguardia dei diritti dei soggetti che sono destinatari della funzione giurisdizionale). In queste ipotesi, in cui non si verifica un mutamento nella valutazione sociale del fatto tale da incidere sulla sua rilevanza ai fini dell'ordinamento penale, anche la Corte di Strasburgo, infatti, ha sempre autorizzato limitazioni al principio della piena retroattività della legge penale di favore.

13. Concludendo sul punto del dialogo tra Corti nazionali e Corte europea, dovrà aggiungersi che neppure l'adesione dell'Unione alla CEDU dovrebbe cambiare la situazione testé descritta dei rapporti tra giudice nazionale, giudice costituzionale e Corte di Strasburgo. Lo conferma l'attenzione che gli Stati membri hanno mostrato nel precisare più volte, in occasione della riforma di Lisbona, che la Carta non incrementa le competenze dell'Unione e che il sistema comunitario è fondato sul principio delle competenze di attribuzione, quasi a voler

| Art. 7 CEDU | Art. 2 c.p. | Art. 25 cpv. Cost. |
|---|---|---|
| <p>1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.</p> <p>2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.</p> | <p>Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.</p> <p>Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.</p> <p>Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135.</p> <p>Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.</p> <p>Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.</p> <p>Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti.</p> | <p>Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.</p> |

ricordare a coloro che sono stati conquistati solo di recente all'ideale dell'integrazione comunitaria che tale principio, sancito già a chiare lettere dal Trattato di Roma del 1957, resta ancora oggi saldamente il perno sul quale poggia l'intero sistema. E la circostanza non può considerarsi casuale. Gli Stati membri, ancora una volta, hanno voluto palesamente sottolineare di voler procedere a piccoli passi nel processo d'integrazione, senza salti in avanti.

Si è anche rimarcato in dottrina che applicare la Carta dei diritti fondamentali, o utilizzare il meccanismo della disapplicazione in caso di conflitto con una norma CEDU indipendentemente dalla rilevanza della fattispecie per il diritto comunitario costituirebbe un salto in avanti, del quale, anche a voler tacere della correttezza giuridica, non si coglierebbe né la necessità, né l'opportunità. Il ritmo impresso al processo di integrazione europea — si è detto — va rispettato, anche per evitare che i tentativi di passi troppo rapidi, senza la necessaria base normativa o addirittura a dispetto di questa, finiscano per alimentare quei contraccolpi negativi dei quali pure è piena la vicenda comunitaria (207).

L'argomento sarà ripreso tra breve in relazione al valore della Carta di Nizza. Peraltro, va tenuto presente che, all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, alcune decisioni amministrative hanno ritenuto che, in virtù di detto art. 6, le disposizioni della CEDU costituirebbero « diritto comunitario » e sarebbero direttamente applicabili nel nostro ordinamento; quindi, le norme interne con esse in contrasto potrebbero essere disapplicate dal giudice comune (208). Diversamente, invece, una sentenza ha negato tale effetto, muovendo dalla constatazione che l'UE non ha ancora aderito alla CEDU, osservando che è, quindi, « prematuro (...) chiedersi se l'adesione alla CEDU comporterà l'equiparazione della Convenzione ai Trattati, ovvero se gli enunciati ivi contenuti conserveranno il rango intermedio dei principi generali, sia pure rilevanti autonomamente e non più tramite le decisioni della Corte di giustizia » (209). Ma, a prescindere da questo rilievo d'ordine, per così dire, temporale, la stessa Corte di giustizia ha escluso, con una decisione del 2012 su esplicito quesito pregiudiziale

(207) TESAURO, *Relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia*, cit., 6 s.

(208) Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010 n. 1220; TAR Lazio, II sez. *bis*, 25 maggio 2010 n. 11984.

(209) TAR Lombardia 15 settembre 2010 n. 5988; sul punto, v. anche SALVATO, *op. loc. ultt. citt.*

formulato dal Tribunale di Bolzano, l'assimilazione delle norme CEDU a quelle comunitarie quanto a effetto diretto e disapplicazione della norma nazionale in caso conflitto (210). Analoghe conclusioni erano state raggiunte l'anno precedente da una decisione della nostra Corte Costituzionale (211).

(210) Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo 24 aprile 2012, *Kamberaj*, in causa C-571/10, secondo cui « Il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa ». Sulla decisione cfr. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, disponibile all'indirizzo web seguente: <http://www.diritticomparati.it/2012/05/la-Corte-di-giustizia-marca-la-distanza-tra-il-diritto-dell-unione-e-la-cedu-e-offre-un-puntello-alla.html>, il quale osserva che « La Corte non dice perché la Convenzione non sarebbe stata "comunitarizzata" in virtù del richiamo ad essa fatto dal disposto suddetto, così come, invece, si avrebbe secondo una ricostruzione teorica diversamente orientata, né si avventura in ragionamenti, assai complessi, che invero non aveva la convenienza di svolgere, anticipando conclusioni di cui potrebbe un domani pentirsi, a riguardo di ciò che potrebbe aversi una volta giunta a compimento la prevista adesione dell'Unione alla CEDU. Non sappiamo, dunque, se la ipotizzata « comunitarizzazione » resterà ugualmente esclusa malgrado l'adesione stessa, o se, di contro, le cose a seguito e per effetto di essa cambieranno ». Lo stesso Autore assai perspicuamente rimarca che « viene difficile da pensare che, qualora dagli ambienti nazionali dovesse venire un'indicazione largamente e vigorosamente patrocinata nel senso dell'applicazione diretta della CEDU, la Corte dell'Unione possa efficacemente contrastarla, resistendo alla pressione esercitata "dal basso". Il fatto è che, come si sa, da un canto, siffatta pressione (dal nostro e da altri ordinamenti) non è venuta, mentre, dall'altro, ancora più consistente e in qualche caso praticamente irresistibile è stata (ed è) la pressione esercitata "dall'alto", le Corti europee avendo già in molte occasioni sollecitato mutamenti d'indirizzo dei giudici nazionali, di cui si è quindi avuto puntuale riscontro ».

(211) Corte cost. 7 marzo 2011 n. 80, su cui cfr. GIARDA, *Norme derivanti da fonte « europea »: applicabilità diretta o semplici referenti di rilevanza costituzionale?*, in *Corr. merito*, 2011, 777 ss. Sulla decisione v., inoltre, GALLO, *Rapporti fra Corte Costituzionale e Corte EDU*, cit., 12 ss. A tali conclusioni la Corte è giunta muovendo dalla premessa che l'art. 11 della Costituzione — e cioè l'articolo che ammette a certe condizioni la cessione di sovranità attraverso la stipula dei Trattati — è applicabile solo all'ordinamento dell'Unione e non anche a quello della CEDU, il primo configurandosi una « realtà giuridica, funzionale e istituzionale » ben differenziata dal secondo. In particolare, ha spiegato che l'art. 11 Cost. non sarebbe direttamente riferibile alla CEDU neppure facendo leva sull'art. 6, paragrafo 3, TUE, che — come si è visto — qualifica i diritti fondamentali della CEDU come « principi generali » del diritto

Non vi è, peraltro, dubbio che il dialogo tra la Corte Costituzionale e la Corte europea potrebbe divenire più serrato se venisse data esecuzione al punto 12, lettera *d*), della Dichiarazione di Brighton (212), emessa all'esito della *High Level Conference* tenutasi sotto gli auspici del Consiglio d'Europa il 19 e 20 aprile 2012 « on the Future of the European Court of Human Rights ». In tale documento si auspica che nella Convenzione, allo scopo di rafforzare l'interazione fra la Corte di Strasburgo e le autorità nazionali, sia introdotto un Protocollo addizionale — da redigere entro la fine del 2013 — per dotare la Corte del potere di inviare « advisory opinions » sull'interpretazione della Convenzione, su richiesta dello Stato membro. Le *opinions*, secondo la Dichiarazione, dovrebbero avere carattere vincolante per il solo Stato cui appartiene l'autorità che formula il quesito interpretativo e non « for the other States Parties ». Esse si configurerebbero, quindi, per quello Stato come una sorta di « pregiudiziale convenzionale » e dovrebbero, pertanto, vincolare l'autorità richiedente alla stessa stregua delle pronunce rese dalla Corte di giustizia di Lussemburgo in sede di rinvio pregiudiziale sull'interpretazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 267 del TFUE.

Un siffatto meccanismo è sicuramente apprezzabile nell'ottica di un più intenso dialogo dei giudici nazionali con la Corte di Strasburgo ai fini di una maggiore uniformità dell'interpretazione del diritto convenzionale, sebbene il suo carattere vincolante ponga il problema di

dell'Unione. Ciò perché tale disposizione, riprendendo lo schema del previgente art. 6, paragrafo 2, dello stesso TUE, si limita a confermare una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona, e cioè una protezione per cui i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri vengono in gioco non in sé e per sé, ma soltanto « in quanto principi generali » del diritto dell'Unione; beninteso, con riferimento alle fattispecie in cui venga in rilievo l'interpretazione o l'applicazione di tale diritto. Per la Corte Costituzionale italiana, la situazione anteriore al Trattato di Lisbona non è, dunque, mutata per il fatto che la cosiddetta Carta di Nizza abbia assunto, in forza del paragrafo 1, primo comma, dell'art. 6 TUE, lo « stesso valore giuridico dei Trattati » e che l'art. 52, paragrafo 3, primo periodo, della suddetta Carta, preveda una Carta non estendendo in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati » e che tali disposizioni trovino applicazione, pertanto, alle sole fattispecie già disciplinate dal diritto dell'Unione. Sempre secondo la Corte italiana, infine, non potrebbe trarsi alcun argomento in contrario dall'adesione della UE alla CEDU, prevista dall'art. 6, paragrafo 2, primo periodo, del TUE, per l'ovvia ragione che tale adesione non si è ancora perfezionata (su questo tema v., peraltro, *infra*, § 13).

(212) Il documento è disponibile all'indirizzo *web* seguente: <http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>.

fondo della conciliabilità di tale istituto con l'orientamento della Corte Costituzionale italiana, diretto, come si è visto, a riservare alla Corte nazionale un margine di apprezzamento autonomo della giurisprudenza della Corte EDU. È vero che la richiesta dell'opinione sarebbe opzionale e, perciò, rimessa alla scelta dell'autorità, ma è anche vero che, una volta emessa l'*opinion*, la Corte Costituzionale italiana difficilmente potrebbe fare quel controllo di compatibilità con la nostra Costituzione che ha, invece, riservato a se stessa (213).

Ulteriore « problema di dialogo » è quello che si potrebbe porre sull'applicabilità diretta di una norma convenzionale in caso di mancanza di una disciplina legislativa di un determinato argomento.

A questo punto, secondo la tesi della Corte Costituzionale, l'operatore si dovrebbe trovare a dover ricercare la tutela più intensa attraverso il confronto diretto ed esclusivo tra CEDU e Costituzione; una tale evenienza si è verificata, anche di recente, in tragiche questioni relative al fine-vita, quali quelle di cui ai casi Welby ed Englaro (214). In circostanze del genere, il giudice, trovandosi a dover fare scelte assai complesse, potrebbe individuare la protezione più intensa nel diritto internazionale pattizio, piuttosto che nella Costituzione. Di modo che, anche per questo aspetto, potrebbe assistersi all'applicazione diretta di una norma convenzionale idonea ad offrire la più adeguata tutela al diritto (215). D'altro canto, non si vede perché mai si consideri possibile l'applicazione immediata di una norma costituzionale, mentre non lo sarebbe quella di una norma convenzionale. È pur vero, poi, che la stessa applicazione di una norma costituzionale potrebbe mascherare l'applicazione della norma internazionale che, di fatto, acquisterebbe rilievo per la pratica giuridica, essendo utilizzata in sede d'interpretazione del dettato costituzionale (216).

(213) Così RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, cit.

(214) In merito all'applicazione diretta della Costituzione, cfr. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in AA.VV., *La Costituzione repubblicana. I principi, le libertà, le buone ragioni*, in *Quad. di Quest. giust.*, a cura di CAPUTO e PEPINO, 2009, 195 ss.; BIN e PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 40 ss. e 52 ss.; MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, disponibile al seguente indirizzo web: <http://www.federalismi.it/>.

(215) RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, cit.

(216) RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, cit., il quale soggiunge che, come la stessa giurispru-

In definitiva, l'indicazione che si ricava dal quadro disegnato dalla citata sentenza n. 317/2009 della Consulta è che il giudice, il cui ruolo — come detto — appare assai rinvigorito (217), si trova sulla sua scrivania una folla di materiali normativi da gestire in modo accorto attraverso un'opera interpretativa di non poco conto e grande delicatezza, volta ad estrarre dai documenti che ha di fronte il massimo livello di tutela, frutto di un processo di integrazione non solo delle Carte, ma anche delle Corti (218). Ben si intende, allora, come la logica della separazione tra ordinamenti non sia più particolarmente confacente a quella della tutela più intensa dei diritti, quest'ultima potendosi davvero realizzare da una lettura (e applicazione) integrata delle fonti del diritto in campo e degli ordinamenti cui esse appartengono (219).

Sul punto la dottrina si è poi anche chiesta, se, in siffatta opera di

denza costituzionale ha efficacemente rilevato, in una sua notissima pronunzia (la n. 388 del 1999), Costituzione e Carte dei diritti « si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione ». È, dunque, da prendere in conto il caso che proprio la norma convenzionale possa giocare un ruolo di primo piano in sede interpretativa, concorrendo in significativa misura a riempire di contenuti aggiornati il dettato costituzionale.

(217) R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, disponibile all'indirizzo web seguente: <http://www.federalismi.it/>. L'Autore rileva (p. 20) che spetta « alle autorità nazionali » garantire « sempre più elevati *standard* di tutela dei diritti fondamentali, individuati attraverso continue ed incessanti operazioni di bilanciamento fra i diritti fondamentali », la salvaguardia di questi ultimi passando, proprio, « dalla tutela domestica a pena di divenire inefficace ». Del « ruolo cruciale che spetta in materia al giudice comune » parla anche CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte Costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Pol. dir.*, 2010, 287.

(218) R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, cit., 16; RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, cit.

(219) RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, cit.; v., inoltre, RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>, spec. le notazioni finali, di cui al par. 9; BUTTURINI, *La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all'elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 317 del 2009*, in *Giur. cost.*, 2010, 1824, osserva che nella sent. n. 317, cit., « l'area del diritto fondamentale non è governata da gerarchie formali, perché la scelta sul livello competente è data dai contenuti prodotti dalla migliore integrazione fra gli ordinamenti ». Osserva, pertanto, RANDAZZO, *op. loc. ultt. citt.*, che il massimo grado di tutela passa da una compiuta integrazione fra ordinamenti o — se si vuole, ragionando a contrario — è il frutto di un sistema integrato di ordinamenti:

« mutuo soccorso » che i documenti normativi relativi ai diritti si danno, sia possibile piegare l'interpretazione dell'una fonte a quella dell'altra, in particolare adattando l'interpretazione della CEDU a quella della Costituzione (220), ipotesi, questa, che sembra invero esclusa (con specifico riferimento alla CEDU) dalla giurisprudenza costituzionale, ad avviso della quale la CEDU può essere intesa nel solo modo con cui la intende e mette in atto la Corte di Strasburgo (221). Si è posto in evidenza, in proposito, che è da distinguere il caso che su una data norma si abbia un vero e proprio « diritto vivente », cioè un consolidato indirizzo interpretativo ormai formatosi a Strasburgo, rispetto al caso che esso non si sia ancora radicato (222). In questa seconda eventualità, sembra che debba riconoscersi un margine di manovra alla Corte e, prima ancora, ai giudici comuni in sede di interpretazione-applicazione della CEDU che invece non si ha nella prima.

In secondo luogo, viene ancora una volta in rilievo il canone della tutela più intensa. Se grazie all'adattamento interpretativo è possibile offrire una più adeguata tutela al diritto (anzi, come si è detto, all'intero sistema dei diritti), ed allora perché non farvi luogo? Una soluzione, questa, che si fa preferire rispetto all'altra della possibile invalidazione della norma convenzionale (223). In conclusione, sembra da preferire l'esito che vede flessibili e mobili i rapporti tra le Carte (e tra le Corti), le stesse tecniche interpretative dovendo essere adottate allo scopo di

tanto più quest'ultimo è avanzato ed effettivo, tanto più sembra realizzabile una protezione dei diritti che sia concreta e la più intensa.

(220) Sul punto v., ad es., RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, cit.

(221) In argomento, v., da ultimo, anche POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte Costituzionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*, par. 2, il quale rileva che in alcuni casi la Corte europea dei diritti dell'uomo acconsente che ci si possa discostare dalla propria interpretazione, riconoscendo un certo margine di apprezzamento agli Stati. A tal proposito, occorre mettere in luce che un tale orientamento appare oggi mitigato da quanto si legge nella sent. n. 317, cit., nella quale si chiede che l'interpretazione fornita dal giudice interno presti rispetto nella sostanza a quella data a Strasburgo.

(222) Cfr. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, cit. Non assegna, invece, rilievo a questa distinzione LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte Costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, 957 ss.

(223) Così sempre RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, cit.

assicurare la più adeguata, intensa, tutela ai diritti, rifuggendo da sterili irrigidimenti frutto di prospettiva formale-astratta ed ispirati alla logica della separazione degli ordinamenti, come tali inadeguati a dare soddisfazione ai diritti, alle loro pretese crescenti, che possono essere appagate in modo adeguato unicamente attraverso lo sforzo congiunto, « integrato », degli ordinamenti stessi e dei loro garanti, Corti e giudici comuni.

14. L'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona ha posto nuove questioni, in quanto l'art. 6 del medesimo — oltre a prevedere, come si appena visto, che l'UE aderisca alla CEDU — ha attribuito alla Carta europea dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, lo stesso valore giuridico dei trattati, disponendo che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione quali principi generali.

Come osservato in dottrina (224), il fatto che, a partire dal Trattato di Maastricht del 1992 (art. F, poi 6, par. 3, TUE, ripreso dai successivi trattati di revisione), quella tutela sia stata enunciata direttamente nei testi e che i diritti fondamentali siano stati poi proclamati in modo articolato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza nel dicembre 2000 e resa poi obbligatoria dal Trattato di Lisbona (art. 6, par. 1), non deve far dimenticare che la protezione dei diritti fondamentali era già entrata nell'ordinamento giuridico dell'Unione grazie alla giurisprudenza della Corte. Del resto, la menzionata disposizione del Trattato di Maastricht recepì alla lettera la ben nota formula coniata proprio da tale Corte, secondo cui « I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali » (225).

Ed in effetti, non sembra contestabile che agli albori del processo di integrazione alla tutela dei diritti fondamentali fosse riservato uno spazio assai limitato all'interno dei tre trattati istitutivi delle Comunità,

(224) GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 76 ss.

(225) Anche per TESAURO, *op. cit.*, 5, la Carta di Nizza « in fatto, essa aveva comunque un valore sostanziale, alla luce di una ricchissima giurisprudenza quarantennale del giudice comunitario in materia di diritti fondamentali, in grandissima parte traspunta nella Carta ».

come dimostrato dal fatto che, al momento della loro redazione, non si ritenne di dover inserire alcuna proclamazione formale in questo senso. Una tale mancanza affonda le sue radici essenzialmente nella natura di organizzazione a contenuto economico che rivestiva alle origini la Comunità. In un tal tipo di assetto la politica o, quanto meno, tutto ciò che non rientrava nell'ambito della politica economica era lasciato ai margini. La strategia dei « piccoli passi » a ridosso della catastrofica esperienza della seconda guerra mondiale aveva imposto ai padri fondatori di delineare un'Europa costruita su un « interlacciamento sempre più stretto delle economie nazionali » nella quale poco spazio era riservato a tutto quanto non fosse strettamente funzionale alla creazione di un mercato comune (226).

A rendere possibile una tale transizione è stata, come detto, l'opera della Corte di giustizia, che, in « un atto di coraggioso *judicial activism* » (227), venne a creare un « sistema di principi fondamentali non scritti » costituiti dai diritti fondamentali traendoli dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (228).

La pietra miliare di un tale, nuovo, orientamento giurisprudenziale da parte del giudice comunitario è rappresentata dalla sentenza *Stauder* del 1969 (229), con la quale, per la prima volta, il giudice comunitario afferma che « i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza ». Questa sua posizione venne poi ribadita con maggiore

(226) Cfr. ROBLES MOROCHÓN, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in AA.Vv., *Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica*, VI, *Giustizia internazionale e interpretazione*, Padova, 2001, 252. V. inoltre CONDINANZI, *Il « livello comunitario » di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in AA.Vv., *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, cit., 38.

(227) Cfr. CASTALDO e Á VILA HERNÁNDEZ, *Le fonti del sistema comunitario di protezione dei diritti dell'uomo/The Bases of the Community System of Human Rights Protection*, disponibile alla pagina web seguente: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex124/BMD000012404.pdf>. Non bisogna, del resto, dimenticare che le basi giuridiche su cui si fondava l'iniziativa della Corte non erano tali da giustificare il ricorso a fonti comunitarie non scritte: solo l'art. 215 del Trattato di Roma rinvia ai « principi generali comuni ai diritti degli Stati membri » con riferimento esclusivo all'ambito della responsabilità extracontrattuale della Comunità (cfr., sul punto, CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995, 26 s.).

(228) Cfr. CARTABIA e WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 218 s.

(229) Corte di giustizia CE 12 novembre 1969, *Stauder v Stadt Ulm - Sozialamt*, in causa 29/69.

chiarezza nel 1970, con la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* (230), in cui si afferma che la salvaguardia dei diritti fondamentali è informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che perciò va garantita nell'ambito della struttura e delle finalità della Comunità, e in altre pronunce successive.

Nel 1992, come già ricordato, questa giurisprudenza della Corte di giustizia venne formalmente recepita nel Trattato di Maastricht sull'Unione Europea, che nell'art. F, par. 2, stabilisce che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri in quanto principi generali del diritto comunitario».

Il successivo Trattato di Amsterdam intervenne nuovamente in materia di tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario, aggiungendo alla prescrizione del vecchio art. F, trasferita senza variazioni nell'art. 6, par. 2, l'affermazione in base alla quale «l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri» (art. 6, par. 1). Inoltre, all'art. 46, riconosce espressamente alla Corte di giustizia la competenza di esercitare il controllo giurisdizionale sull'attività delle istituzioni comunitarie anche sotto il profilo del loro rispetto dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri della Comunità.

Si è, però, precisato che l'art. 6 non costituisce una vera e propria clausola di rinvio e, per questo, non può produrre l'effetto di trasformare i principi e le regole dedotte dalle tradizioni costituzionali comuni in una fonte del diritto europeo, limitandosi ad individuare un «complesso di indirizzi» a cui gli organi e le istituzioni comunitarie devono attenersi senza, tuttavia, costituire, di per sé, diritto europeo. Ne risulta, pertanto, confermato il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni come «strumenti d'interpretazione» privilegiati, non avendo il Trattato di Maastricht operato una novazione della fonte ed, anzi, avendone in qualche modo confermato la natura giurisprudenziale della stessa (231).

Per questa ragione si rendeva, dunque, necessario che una dispo-

(230) Corte di giustizia CE 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, in causa 11/70, cit.

(231) Cfr. CASTALDO e Á VILA HERNÁNDEZ, *op. loc. ultt. citt.*

sizione, quale il già citato art. 6 del Trattato di Lisbona, stabilisse formalmente e solennemente che « 1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali ».

La citata costituzionalizzazione a livello europeo dei principi fondamentali non è però scevra da gravi problemi ermeneutici, la cui presenza proietta ombre su due distinti versanti:

- (a) quello dei rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti nazionali e
- (b) quello dei rapporti tra questi ultimi e la Carta di Nizza.

Sul primo punto, si è già visto (232) che si deve escludere l'assimilazione delle norme CEDU a quelle comunitarie quanto a effetto diretto e disapplicazione della norma nazionale in caso conflitto.

D'altro canto, si è affermato in dottrina che il principio di separazione fra diritti fondamentali dell'Unione e diritti convenzionali non verrà meno, neanche quando si sarà concluso il processo di adesione dell'Unione alla Convenzione, disposto ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE. L'adesione non avrà, infatti, l'effetto di assorbire il sistema convenzionale, con le specificità dei suoi meccanismi e del relativo ambito di applicazione, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea. Essa avrà, semmai, l'effetto opposto: quello cioè di produrre un sistema integrato, nel quale la Convenzione europea rappresenti un limite ulteriore ed « esterno » rispetto all'esercizio delle competenze del-

(232) V. *supra*, § 13.

l'Unione dato dall'esigenza di rispettare i diritti convenzionali (233). Una volta concluso il processo di adesione, la Convenzione avrà effetti nell'ordinamento interno dell'Unione in virtù dell'art. 216, par. 2, TFUE, e costituirà quindi un limite di validità sia nei confronti del diritto derivato dell'Unione che di norme degli Stati membri che si collochino nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

In quanto accordo internazionale vincolante per l'Unione, la Convenzione sarà applicabile (oltre che nell'ambito dei diritti interni dei vari Paesi ad essa Convenzione aderenti) nell'ambito di applicazione delle norme dell'Unione. L'adesione dovrebbe comportare, quindi, un doppio binario nell'applicazione della Convenzione a rapporti interni. Per quelli ricadenti nel « cono d'ombra » del diritto dell'Unione, la Convenzione sarebbe applicata a titolo di accordo internazionale dell'Unione; essa sarebbe, invece, applicata come accordo vincolante per lo Stato italiano rispetto a situazioni puramente interne (234). Ora, proprio tale doppio binario, derivante dalla diversità di titolo giuridico dell'applicazione della Convenzione nell'ordinamento nazionale, sembra accentuare l'incongruità derivante da un eventuale trattamento differenziato dei diritti convenzionali. Soprattutto allorché le fattispecie ricadenti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione presentino elementi strutturali analoghi alle corrispondenti situazioni puramente interne, un'applicazione che dia vita a letture differenziate della Convenzione europea darebbe vita a difficoltà anche pratiche non irrilevanti (235).

La questione appare estremamente complessa e gravida di ricadute in svariati settori del diritto interno (236) e viene a toccare il nucleo del tema, sopra indicato *sub* (b), dei limiti di applicabilità della Carta di Nizza.

15. Venendo, dunque, all'interrogativo circa l'individuazione dell'esatto perimetro di applicabilità dei principi della Carta di Niz-

(233) CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, cit.

(234) Così sempre CANNIZZARO, *op. loc. ultt. citt.*

(235) V. sempre CANNIZZARO, *op. loc. ultt. citt.*

(236) Per un'applicazione delle riflessioni di cui al testo al tema dei rapporti familiari di fatto, cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 16 ss. L'autore coglie l'occasione per ringraziare Roberta Clerici ed Ilaria Queirolo per una serie di suggerimenti e spunti offerti allo scrivente sul tema.

za (237) in relazione alle normative nazionali, va subito detto che, secondo l'opinione di gran lunga prevalente (238), esso avrebbe tratto al solo diritto di fonte europea, rimanendo invece quel documento del tutto ininfluenza su quelle parti degli ordinamenti nazionali non modellate dal diritto UE.

Per questa soluzione deporrebbe in primo luogo l'art. 5 del Trattato sull'Unione europea, come modificato per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, par. 2, secondo cui « In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti », e ancora l'art. 6 dello stesso Trattato, par. 1, secondo cui « Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati », nonché par. 2, secondo cui « L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati ».

Del resto, è innegabile che lo stesso documento (nella versione riadattata a Strasburgo nel 2007) precisa nel Preambolo che, invece di statuire diritti nuovi, « La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle Carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo ».

Il medesimo documento, inoltre, all'art. 57, stabilisce che « 1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i

(237) Sui precedenti della Carta di Nizza cfr. CASTALDO e Á VILA HERNÁNDEZ, *Le fonti del sistema comunitario di protezione dei diritti dell'uomo/The Bases of the Community System OF Human Rights Protection*, cit.

(238) Cfr. R. CONTI, *Corte Costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, nota a Corte cost. 26 novembre 2009 n. 311, in *Corr. giur.*, 2010, 632. Cfr. inoltre NASCIMBENE, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*, *ivi*, 91.

principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati. 2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati ».

Ed ancora l'art. 58, n. 3, della Carta prescrive che « Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti ».

In altri termini, un'attitudine della Carta di Nizza a divenire strumento generale di tutela dei diritti fondamentali sembrerebbe ostacolato dalle competenze comunque limitate dell'Unione Europea (239) e ben si comprende perché autorevole dottrina richiami l'attenzione sul fatto che la Carta dei diritti fondamentali « è diritto dell'Unione, al pari dei due Trattati e dell'intero complesso di atti che costituiscono il diritto derivato. Ne consegue che essa è applicabile solo quando è applicabile il diritto comunitario, niente affatto in tutti i casi di violazione di un diritto fondamentale rilevante per il diritto nazionale. Le disposizioni della Carta sono altrettanti parametri di legittimità degli atti dell'Unione, degli atti nazionali che ai primi danno attuazione, nonché di quegli atti nazionali che, a giustificazione dell'introduzione di una deroga agli obblighi imposti dai Trattati, invocano l'esigenza di tutelare un diritto fondamentale. Al di là di queste ipotesi, la Carta non vuole e non può essere applicata » (240).

Anche la Corte di giustizia sembra, per lo meno in alcune decisioni, sottolineare la presenza di tali limiti (241).

(239) Cfr. R. CONTI, *op. loc. ultt. citt.*

(240) Così TESAURO, *op. cit.*, 6.

(241) Cfr., ad es., Corte di giustizia UE 15 novembre 2011, *Dereci*, in cui si legge (punti 71 e 72 della motivazione): « Tuttavia, occorre ricordare che le disposizioni della Carta si applicano, ai sensi dell'art. 51, n. 1, della medesima, agli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione. In virtù del n. 2 della medesima disposizione, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati. Pertanto, la Corte è chiamata a interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione

16. Se è innegabile che, da un punto di vista generale, la Carta prescrive diritti e libertà rilevanti solo nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione, assai più problematica appare la situazione in cui ci si trovi di fronte a casi di diritti fondamentali riconosciuti solo in sede di diritto dell'Unione europea, o, per lo meno, riconosciuti chiaramente (o in modo meno ambiguo rispetto ad altre Carte sovranazionali) esclusivamente in siffatto ordinamento.

Pensiamo al divieto di discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale o, più in generale, a determinate relazioni attinenti ai rapporti giusfamiliari. Si pensi, in particolare, al tema — da chi scrive approfondito in altra sede (242) — circa il ben diverso rilievo che il diritto

nei limiti delle competenze riconosciute a quest'ultima. Pertanto, nel caso di specie, qualora il giudice del rinvio ritenga che, alla luce delle circostanze delle cause principali, le posizioni dei ricorrenti nelle cause principali siano soggette al diritto dell'Unione, esso dovrà valutare se il diniego del diritto di soggiorno di questi ultimi nelle cause principali leda il diritto al rispetto della vita privata e familiare, previsto dall'art. 7 della Carta. Viceversa, qualora ritenga che dette posizioni non rientrino nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, esso dovrà condurre un siffatto esame alla luce dell'art. 8, n. 1, della CEDU ». V. inoltre la sentenza *Mariano*, Corte di giustizia CE 17 marzo 2009, in causa C-217/08 (punti nn. 29 e 30): « 29. Neppure il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali può venire a sostegno di una conclusione diretta a far entrare il presente procedimento nella sfera di applicazione del diritto comunitario. A tal riguardo basta sottolineare che, conformemente all'art. 51, n. 2, di detta Carta, quest'ultima non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità europea e per l'Unione, né modifica le competenze, nonché i compiti definiti nei Trattati. Inoltre, conformemente all'art. 52, n. 2, della stessa Carta, i diritti riconosciuti dalla stessa che trovano il loro fondamento nei Trattati comunitari o nel Trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti. 30. Alla luce delle considerazioni che precedono, la questione sollevata deve essere risolta nel senso che il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione di cui i giudici degli Stati membri devono garantire l'applicazione allorché il comportamento eventualmente discriminatorio non presenta alcun nesso con il diritto comunitario ». Nello stesso senso, cfr., poi, anche la sentenza *McB*, Corte di giustizia UE 5 ottobre 2010, in causa C-400/10 PPU, che, dopo avere ricordato che « conformemente all'art. 6, n. 1, primo comma, TUE, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta, "che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati" », ha precisato che « le disposizioni della Carta si applicano, ai termini del suo art. 51, n. 1, agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. In virtù del n. 2 della medesima disposizione, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, "né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati" ».

(242) Cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 24 ss.

di formare una famiglia, come diritto distinto dal diritto di sposarsi, assume nella Carta di Nizza rispetto alla corrispondente enunciazione della CEDU (243).

Qui, di fronte a diritti umani fondamentali, non può non intervenire il principio costituzionale di non discriminazione, con conseguente necessità di una lettura della Carta di Nizza in chiave assai « più europeista » di quanto non si faccia.

E, del resto, che senso avrebbe statuire un principio come quello della libertà matrimoniale e della libertà di fondare una famiglia, se tali regole dovessero valere solo nell'ambito del diritto comunitario? Sin troppo facile sarebbe obiettare che, in materia di rapporti familiari, il diritto comunitario odierno si limita a disciplinare:

(a) alcune (marginali) aree del diritto processuale (competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni), nonché
(b) profili di diritto internazionale privato (244).

Del tutto inesistenti sono, allo stato, un « diritto matrimoniale » e un « diritto di famiglia » dell'Unione europea, per lo meno secondo l'accezione tradizionale di tali concetti (245).

(243) Si pongano a confronto le relative disposizioni:

| CEDU | Carta di Nizza |
|--|--|
| « Articolo 12 <i>Diritto al matrimonio</i> A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto ». | « Articolo 9 <i>Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia</i> Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio ». |

In altre parole, l'aver individuato disgiuntamente i due distinti diritti — quello di sposarsi e quello di creare una famiglia — è stato interpretato nel senso di avere inteso assicurare una disciplina alle famiglie non unite in matrimonio, riconoscendo loro una tutela giuridica. E proprio questo argomento si pone alla base di quel « dialogo tra carte », di cui si nutre l'attuale giurisprudenza di Strasburgo in questo settore, sulla quale si avrà modo di riferire a tempo debito: l'ulteriore evoluzione di tale *case law* segna, infatti, la presenza di interventi sempre più marcati a tutela della famiglia di fatto etero e omosessuale, come si avrà modo di vedere trattando di quest'ultimo specifico argomento (Cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 23 ss.).

(244) Sul tema, v. per tutti, OBERTO, *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, in questa *Rivista*, 2008, 367 ss.; Id., *La comunione legale tra coniugi*, cit., 210 ss.

(245) Come noto, si suole evidenziare da più parti che la normativa del diritto di famiglia, in senso ampio, è riservata alla competenza esclusiva dei singoli Stati membri, trattandosi di materia fortemente influenzata dai valori, dalla cultura e dalla tradizione propri di una Nazione. Sul tema, che non può essere certo sviluppato in questa sede, cfr. RUSCELLO, *La famiglia tra diritto interno e normativa comunitaria*, in

Che significato avrebbe, dunque, l'art. 9 della Carta di Nizza (secondo cui « Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio »), se non potesse essere riferito al modo in cui matrimonio e famiglia sono modellati nei diversi diritti nazionali? Davvero si potrebbe continuare a predicare l'indifferenza della Carta di Nizza nell'ipotesi in cui, *puta caso*, un legislatore nazionale si sbizzarrisse a varare una normativa che restringesse il diritto di sposarsi (es.: non più di tre volte nella vita di ogni soggetto...), o, al contrario, intervenisse su quell'immagine speculare di quel diritto, vale a dire sul diritto di non sposarsi (si pensi all'introduzione di sanzioni o comunque di disincentivi per i non coniugati, sulla scorta di esempi quali la *Lex julia de maritandis ordinibus* o la famigerata tassa sul celibato introdotta dalla legislazione fascista) (246)?

Che la Carta di Nizza trovi applicazione anche con riguardo a situazioni non disciplinate dal diritto di fonte europea è conclusione rinvenibile nella giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione (247).

Familia, 2001, 697 ss.; FERRANDO, *Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in *Pol. dir.*, 2003, 347 ss.; HONORATI, *Verso una competenza della Comunità Europea in materia di diritto di famiglia?*, in AA.VV., *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, a cura di BARIATTI, Milano, 2007, 3 ss.; TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, *ivi*, 47 ss.; cfr., inoltre, LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, cit., *passim*. Svariati contributi sul tema sono poi raccolti in AA.VV., *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, a cura di BOELE-WOELKI, Antwerp-Oxford-New York, 2003; tra questi si segnalano in particolare PINTENS, *Europeanisation of Family Law*, 3 ss., 16 ss.; DETHLOFF, *Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, 37 ss.; cfr. inoltre BOELE-WOELKI, *The Road towards a European Family Law*, disponibile alla pagina web seguente: <http://www.ejcl.org/11/art11-1.doc>, 12 ss.; QUEIROLO, *Separazione, annullamento, divorzio e responsabilità genitoriale: il regolamento CE 2201/2003*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da FERRANDO, I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, Bologna, 2007, 1107 ss. Sul futuro europeo dei regimi patrimoniali cfr., per tutti, OBERTO, *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, cit., 367 ss.; ID., *La comunione legale tra coniugi*, cit., 218 ss.

(246) SCHLÜTER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Berlin-New York, 1981, 18, che rileva come una « (negative) Eheschließungsfreiheit » sia garantita dall'art. 6, primo comma, della Costituzione tedesca, ma anche dall'art. 23, secondo comma, della Convenzione delle Nazioni Unite del 19 dicembre 1966, sui diritti civili e politici.

(247) Per un'applicazione delle norme della Carta di Nizza a una fattispecie che prescindeva da riferimenti al diritto europeo, cfr. Cass. 2 febbraio 2010 n. 2352, in materia di demansionamento di fatto di un professionista operante nell'ambito di una struttura ospedaliera. Secondo tale decisione, infatti, i giudici di merito possono avere

In questo stesso senso sembra, del resto, deporre almeno una parte della giurisprudenza della stessa Corte di giustizia, la quale, pur avendo talora richiesto l'esistenza di un nesso con il diritto comunitario in merito al principio di non discriminazione (248), ha, in altre occasioni, più volte ammesso che i giudici nazionali, a cui un soggetto che si asserisce discriminato in base ad una situazione puramente interna si rivolge, propongano rinvio pregiudiziale alla Corte, al fine di ottenere l'esatta interpretazione della norma di diritto comunitario/europeo che, sulla base di apposite disposizioni di diritto nazionale, viene indirettamente estesa alle situazioni interne (249).

un vero e proprio obbligo di ispirarsi ai principi della Carta, osservando come i « principi di diritto comune europeo [...] hanno il pregio di rendere evidenti i valori universali del principio personalistico su cui si fondano gli Stati della Unione ». Aggiunge la sentenza che « [l]a filonomachia della Corte di Cassazione include anche il processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi non collidenti, ma promozionali del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo ». Queste parole, pur se pronunziate non in relazione ad un caso attinente al diritto di famiglia, si pongono quale giusto sfondo per comprendere l'evoluzione che anche il nostro diritto sta subendo. È uno dei tanti casi di confronto fra l'*homo juridicus italicus* e l'*homo juridicus europaeus*, secondo la tesi suggerita da SCHUSTER, *Gender and beyond. Disaggregating legal categories*, in ID., *Equality and justice. Sexual orientation and gender identity in the XXI century*, Udine, 2011, 21 ss.

(248) Cfr. Corte di giustizia CE 17 marzo 2009, *Mariano*, in causa n. C-217/08, cit., che, nell'affermare che il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione di cui i giudici degli Stati membri devono garantire l'applicazione allorché il comportamento eventualmente discriminatorio non presenta alcun nesso con il diritto comunitario, ribadisce che nemmeno la Carta di Nizza può modificare la natura puramente interna della questione: « Neppure il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali può venire a sostegno di una conclusione diretta a far entrare il presente procedimento nella sfera di applicazione del diritto comunitario. A tal riguardo basta sottolineare che, conformemente all'art. 51, n. 2, di detta Carta, quest'ultima non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità europea e per l'Unione, né modifica le competenze, nonché i compiti definiti nei Trattati ». In senso conforme, v., inoltre, Corte di giustizia CE 26 marzo 2009, *Pignataro*, in causa n. C-535/08; Corte di giustizia CE 3 ottobre 2008, *Crocefissa Savia*, in causa n. C-287/08; Corte di giustizia CE 23 settembre 2008, *Birgit Bartsch*, in causa n. C-427/06.

(249) Sul tema cfr. NASCIBENE, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte Costituzionale a confronto*, in *Dir. U.E.*, 2007, 717. In particolare, detto principio che, tradizionalmente, viene fatto risalire alla sentenza *Guimont* (sentenza 5 dicembre 2000, *Guimont*, in causa n. C-448/98, in *Raccolta*, I-10663), con riferimento alla libera circolazione delle merci, ha trovato espressa applicazione anche in ambito di libera circolazione delle persone. Rileva, in tal senso, il caso *Angonese* (sentenza 6 giugno 2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, in causa C-281/98, in *Raccolta*,

D'altro canto, come si è avuto modo di vedere in altra sede (250), la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo non esita oggi ad utilizzare proprio la Carta di Nizza per « rileggere » in maniera ben diversa dal passato la nozione di « famiglia » di cui alla CEDU: e ciò, si badi, in situazioni per nulla attinenti a profili di diritto dell'Unione europea e che non presentano in alcun modo elementi di internazionalità.

Emblematico il caso *Schalk e Kopf v Austria*, in relazione al quale, nel 2010, la Corte di Strasburgo ha affermato che l'esclusione delle coppie omolesuali dal matrimonio non integra un trattamento discriminatorio contrario alla CEDU, ma ciò solo in quanto in Austria è oggi riconosciuta la possibilità di registrare la convivenza, con attribuzione di alcuni diritti e doveri simili, sia pur più limitati, a quelli coniugali (251).

I-4139) che, come evidenziato in dottrina, rappresenta « un passo in più verso un riconoscimento comunitario » delle « discriminazioni a rovescio », dovuto ad esigenze giuridiche prettamente interne del giudice *a quo* (così PALLARO, *La sentenza Guimont: un definitivo superamento "processuale" dell'irrelevanza delle c.d. "discriminazioni a rovescio"?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, 97 e ZOPPI, *Le discriminazioni a rovescio*, in *Dir. com. sc. int.*, 2006, n. 4, 808). Nel caso di specie, un cittadino italiano residente a Bolzano contestava il fatto che una banca della stessa città, nell'ambito di un concorso di assunzione, esigesse il possesso del c.d. « patentino », attestante il bilinguismo, rilasciato solo dall'Amministrazione provinciale, senza accettare altre prove dell'adeguata conoscenza sia dell'italiano che della lingua tedesca; ritenendo il requisito svantaggioso per i non residenti nella provincia e in particolare per i cittadini di altri Stati membri, e quindi reclamandone l'incompatibilità con il divieto di discriminazioni tra lavoratori fondate sulla nazionalità di cui all'art. 48 Trattato CE (divenuto art. 39 TCE; attualmente trasfuso nell'art. 45 TFUE), egli chiedeva al giudice nazionale di dichiararlo nullo sulla base di principi di diritto interno. Il giudice adisce la Corte di giustizia per sapere se il fatto di pretendere l'attestato sul bilinguismo da parte di un'impresa privata (quindi, di un singolo datore di lavoro) fosse incompatibile con il Trattato e con la normativa derivata in tema di libera circolazione dei lavoratori; l'ordinanza adduceva quale unico elemento « transfrontaliero » lo svolgimento da parte dell'attore nella fattispecie *a quo* di studi di lingue straniere all'Università di Vienna, studi, tuttavia, del tutto estranei al tipo di attività lavorativa cui si era candidato; essa aggiungeva, inoltre, la problematica dell'eventuale disapplicabilità della clausola concorsuale ai sensi dei principi giuridici nazionali. Per commenti, si veda GAJA, *Può un cittadino italiano utilmente imparare il tedesco in Austria?*, in *Riv. dir. int.*, 2000, 1051 ss.; F. PALERMO, *Diritto comunitario e tutela delle minoranze: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, 969 ss.; SCHEPISI, *Cosa si nasconde dietro al caso Angonese? Novità e conferme in materia di libera circolazione dei lavoratori*, in *Dir. Un. eur.*, 2002, 327 ss.

(250) Cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 236 ss.

(251) Corte europea dir. uomo 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf v Austria*, par.

Questa decisione, come non si è mancato di notare, costituisce prova di un « affascinante “dialogo tra le Carte” », nell’ambito del quale i giudici di Strasburgo hanno richiamato proprio l’art. 9 della Carta della U.E. per modificare la propria interpretazione dell’art. 12 della CEDU, annunciando solennemente che « la Corte non considererà più che il diritto di sposarsi ai sensi dell’art. 12 debba essere necessariamente limitato al matrimonio tra persone di sesso opposto » (252).

109. Per il periodo di tempo precedente tale riforma legislativa non sussisteva comunque una violazione, poiché l’Austria non aveva ecceduto il margine di apprezzamento che doveva esserle riconosciuto in ragione della mancanza di un *consensus* sul punto tra gli Stati membri del Consiglio d’Europa (*ivi*, par. 104 ss.). La Corte ha poi ritenuto all’unanimità l’inesistenza di una violazione dell’art. 12 CEDU e ha respinto, con una maggioranza di soli quattro voti contro tre, la tesi del ricorrente di esistenza di una violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU. Su tale decisione, cfr. CONTE, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo*, nota a Corte europea dei diritti dell’uomo, 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., in *Corr. giur.*, 2011, 573 ss.; R. CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o...naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, *ivi*, 579 ss.; WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1148 ss.

(252) « 60. Turning to the comparison between Article 12 of the Convention and Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter), the Court has already noted that the latter has deliberately dropped the reference to men and women (see Christine Goodwin, cited above, § 100). The commentary to the Charter, which became legally binding in December 2009, confirms that Article 9 is meant to be broader in scope than the corresponding articles in other human rights instruments (see paragraph 25 above). At the same time the reference to domestic law reflects the diversity of national regulations, which range from allowing same-sex marriage to explicitly forbidding it. By referring to national law, Article 9 of the Charter leaves the decision whether or not to allow same-sex marriage to the States. In the words of the commentary: “... it may be argued that there is no obstacle to recognize same-sex relationships in the context of marriage. There is however, no explicit requirement that domestic laws should facilitate such marriages”. 61. Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants’ complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State ». La Corte cita in tale decisione il caso *Goodwin*; va però tenuto conto del fatto che il medesimo *rationale*, fondato sul dialogo tra la Convenzione EDU e la Carta di Nizza, si rinviene anche in *Case of I. v The United Kingdom*, 11 luglio 2002 (in causa n° 25680/94).

In motivazione, richiamata la propria pregressa giurisprudenza per cui le famiglie *de facto* sono da ricondurre nella nozione di « vita familiare » e premesso che « le coppie dello stesso sesso hanno la stessa capacità delle coppie di sesso diverso di entrare in relazioni stabili e impegnative », i giudici europei hanno così ritenuto che sarebbe oramai « artificial » mantenere la pregressa distinzione tra omosessuali ed eterosessuali, annunciando che le relazioni omosessuali non saranno più comprese soltanto nella nozione di « vita privata », ma nella nozione di « vita familiare », pure contenuta nell'art. 8 (253).

Correttamente si è ritenuto (254) che proprio il rilievo dato dalla Corte nella pronuncia in esame al *consensus* che si sta progressivamente formando tra gli Stati europei sull'esigenza di riconoscere alle coppie dello stesso sesso il diritto di formalizzare in qualche modo la loro unione induce a ritenere che la perdurante mancanza nell'ordinamento italiano di modalità di formalizzazione delle unioni omosessuali sarà in un prossimo futuro (se non, ad avviso di chi scrive, già da ora) da ritenersi in contrasto con l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo alla CEDU.

Ma per tornare al tema più generale dei (pretesi) limiti della Carta di Nizza rispetto ai territori non governati dal diritto di fonte UE, sarà il caso di riportare in questa sede i rilievi di chi in dottrina (255) correttamente nega la possibilità di escludere « che la Carta sia priva di significato su questioni pacificamente “interne”, quelle nelle quali la competenza è saldamente in mano agli Stati. La dottrina ha messo, da tempo, in luce il pericolo di una discriminazione alla rovescia » per cui il soggetto sarebbe sub-tutelato per questioni meramente formalistiche e in spregio al principio del trattamento di miglior favore, il che è stato,

(253) Sul concetto di famiglia nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo cfr. anche CARR, *“Famiglia e famiglie”. Circolazione delle persone e profili di armonizzazione: l'esperienza irlandese*, in AA.Vv., *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, a cura di AMRAM e A. D'ANGELO, Padova, 2011, 80 ss.

(254) LONG, *Le fonti di origine extranazionale*, in AA.Vv., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio*, 1, seconda edizione, Milano, 2011, 152.

(255) BRONZINI, *Significato ed efficacia della Carta di Nizza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali*, disponibile alla pagina web seguente: <http://www.scuolasuperioreavvocatura.it/arch/docs/382/INTERVENTO%20dott.%20Giuseppe%20Bronzini.pdf> 10 s.; ID., *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato. Il ruolo della Corte di Giustizia*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma nei giorni 1-3 febbraio 2010 sul tema: *I diritti fondamentali nell'ordinamento*, in www.csm.it, 10.

peraltro, già negato da alcune decisioni interne che hanno, comunque, applicato le tutele più ampie se previste dal diritto comunitario ».

Più in generale debbono pienamente sottoscrivere i rilievi di chi (256) nota come la Carta di Nizza mostri « la sua attitudine a costituire punto di riferimento dei diritti umani anche al di là del raggio d'azione dell'Unione. Il rispetto della dignità umana, il diritto alla vita, il divieto della pena di morte, il divieto della tortura, ecc. non riguardano, infatti, specificamente il diritto dell'Unione, le cui competenze non toccano tali beni, ma gli Stati che ne fanno parte e, soprattutto, quelli che aspirano a divenirne membri (in quanto il mancato rispetto di tali diritti diverrebbe elemento ostativo alla loro adesione), *onde la Carta si presenta come una sorta di sintesi di valori costituzionali comuni cui l'Unione fa riferimento, anche al di là dell'esercizio delle sue competenze* ». Quanto sopra conferma che, del resto, la logica di una rigida separazione degli ordinamenti (e, per ciò pure, delle sfere di competenza delle relative Corti) non ha ormai più 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 stessa. 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 (257).

Come pure osservato da altra dottrina (258), « una Corte — qual è la Corte di giustizia che aspira a interpretare il ruolo di Corte Costituzionale — tradirebbe se stessa se, invece che favorire la promozione dei diritti fondamentali, si opponesse ad essa nel nome del riparto di competenze ».

Se, dunque, uno Stato membro è libero di autodeterminare le

(256) SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (Considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, 148.

(257) Cfr. RUGGERI, *Corte Costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *Quad. europ.*, 2010, n. 19, 39, disponibile all'indirizzo *web* seguente: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/19_2010.pdf.

(258) CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in *Aa.Vv., Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di BASSANINI e TIBERI, Bologna, 2008, 100.

proprie scelte in alcune materie rimaste di competenza esclusiva, non può farlo, però, violando nel suo libero agire principi costituzionali comuni e *fundamental rights* di matrice sopranazionale. Certamente in questi casi ciò che viene in rilievo è proprio la lesione del contenuto essenziale del diritto e non tanto tutte le sue sfumature e caratteristiche fissate, ad esempio, dalle Corti sovranazionali, con una discrezionalità ed uno spazio di manovra ben più vasto per i poteri interni, ma la Carta comunque non potrebbe essere semplicemente ignorata (259).

Un'altra considerazione milita in questo senso e cioè la definizione in via generale, non solo nella Carta ma anche nei Trattati, del principio di non discriminazione, il che sembra comportare in via indiretta il potere di sindacato di un atto interno pacificamente rientrante nella sfera decisionale dello Stato sotto il profilo del rispetto di tale meta-principio. La Corte di giustizia ha già offerto esempi, prima ricordati (il più discusso è il caso *Kreil*), di « sconfinamento » in questo senso, posto che l'ordinamento delle forze militari o i rapporti familiari non rientrano in nessun modo nella competenza dell'Unione (260).

Così si è correttamente notato che le numerosissime ordinanze che hanno rimesso la questione delle nozze *gay* alla nostra Corte Costituzionale richiamando le decisioni delle Corti sopranazionali (v. la *Goodwin*, la *K.B.*, la *Richards*) dimostrano l'attitudine espansiva del testo di Nizza. Si è così potuto concludere che se la tendenza dimostrata da tali decisioni si consoliderà « ampliando ulteriormente i limiti della *incorporation*, sarà davvero impossibile riconoscere che le disposizioni di cui all'art. 51 della Carta abbiano ancora valore » (261).

17. Le conclusioni dell'esposizione che si è andata fin qui tentando di presentare non sono e non possono essere se non *in fieri*, un po' come quell'idea che i progettisti del *Louise Weiss building*, che ospita il parlamento europeo a Strasburgo, hanno voluto fornire di una costruzione in perenne divenire (262).

Ora, il punto di partenza deve necessariamente risiedere in quel-

(259) Così BRONZINI, *op. loc. ultt. citt.*

(260) Cfr. BRONZINI, *op. loc. ultt. citt.*

(261) PISTORIO, *Commento all'art. 51*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, a cura di BISOGNI, BRONZINI e PICCONE, Taranto, 2009, 610.

(262) Ma, secondo una leggenda metropolitana, anche di una torre di Babele, per lo meno secondo l'interpretazione del relativo passo biblico offerta da Bruegel il vecchio nel celeberrimo quadro conservato presso il *Kunsthistorisches Museum* di Vienna, quadro che avrebbe costituito il modello ispiratore per l'edificio sulle rive

l'autorevole osservazione secondo cui il momento essenziale nel quale nasce una vera Costituzione è solo quello in cui vi è un giudice che può utilizzarla per contestare la legalità di un altro atto, anche legislativo, poiché, in caso contrario, il documento rimane una mera enunciazione politica (263). La risposta positiva che si deve dare all'interrogativo sull'esistenza di un controllo di costituzionalità comunitaria sugli atti normativi « ordinari » costituisce « sintomo ed evidenziamento di un processo di costituzionalizzazione europeo che, se non può ancora definirsi compiuto, indubbiamente si spinge fino ai 'controlimiti' opponibili dai livelli costituzionali nazionali di protezione costituzionale dei diritti e dei principi fondamentali » (264).

Pertanto, che si dia una competenza (di giurisdizione costituzionale europea) in capo alla Corte di giustizia pare problema non revocabile in dubbio. Che tale competenza confonda in una sola giurisdizione competenze di merito e competenze di legittimità (degli atti dell'Unione rispetto al relativo diritto) è parimenti indubitabile.

Ciò che costituisce, al momento, un problema aperto — più che l'incerta individuazione del contenuto dei singoli diritti — è quello, risalente e ancora senza soluzione, posto dal « rapporto fra le diverse enunciazioni degli stessi diritti e fra le diverse giurisdizioni sui diritti » e in particolare del rapporto fra la Corte di giustizia dell'Unione europea, le Corti Costituzionali nazionali e la Corte europea dei diritti dell'uomo (265).

A seguito del riconoscimento alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei trattati è alla Corte di Lussemburgo che compete svolgere il delicato compito di garantire i contenuti normativi della Carta dei diritti, che ora diviene *pleno jure* diritto dell'U.E.; né appare proponibile (o auspicabile) l'attribuzione di tale incombenza alla Corte di

dell'Ill (cfr. ad es: <http://www.foxnews.com/story/0,2933,602223,00.html>; http://en.wikipedia.org/wiki/Seat_of_the_European_Parliament_in_Strasbourg#cite_note-10).

(263) ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, in AA.VV., *La Costituzione europea. Luci e ombre*, a cura di PACIOTTI, cit., 134 ss.

(264) Così GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 125.

(265) GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 125. Sulla natura « praticamente velleitaria » del tentativo di pervenire per via ermeneutica a qualsiasi razionalizzazione dei rapporti in essere fra le diverse Corti europee cfr., tra i tanti, SPADARO, *Una (sola) Corte per l'Europa*, in AA.VV., *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. FALZEA, SPADARO e VENTURA, Torino, 2003, 555.

Strasburgo (la quale, però, a sua volta, ha già dimostrato di utilizzare la Carta di Nizza per operare una rilettura della Convenzione europea), ovvero ad una Corte istituita *ad hoc*, una sorta di « Corte europea *bis* », come pure era stato suggerito (266). Come correttamente obiettato (267), molteplici elementi osterebbero all'efficace svolgimento di tale compito cui le nuove disposizioni del Trattato non aggiungerebbero nessuna reale garanzia di miglioramento.

Interessante, poi, la prospettiva posta da chi si è già chiesto se il nuovo ordinamento dei diritti fondamentali dell'Unione non autorizzi gli stessi giudici nazionali all'effettuazione di un controllo che diverrebbe così di costituzionalità diffusa, mercé la disapplicazione del diritto nazionale in contrasto con quello sovranazionale nell'ambito della stessa materia dei diritti fondamentali (268). Tale prospettiva in Italia — come osserva in modo convincente Alessandro Pizzorusso — è stata rafforzata, tra l'altro, dalla modifica dell'art. 117 Cost., « che ha introdotto un primo comma che sembra possa consentire sviluppi di questo tipo » (269). D'altro canto, come pure rimarcato (270), vi sono ormai decine di testi internazionali che, in un modo o in un altro, sono stati recepiti nel diritto interno di molti Stati e ciò fa sì che il mondo del diritto sia ormai quasi sempre permeabile a questo tipo di esigenze, per cui le idee che si sono concretizzate in un modo o nell'altro in questi testi hanno grandi possibilità di trovare attuazione soprattutto nella misura in cui esiste una maturazione culturale degli operatori che rende tutto questo possibile (insieme, ovviamente, con tutte le altre circostanze che si possono presentare nel corso della storia dei singoli Paesi).

Nonostante tali aperture, il complessivo quadro di riferimento rimane ancora, per molti profili, incerto e ambiguo per quanto concerne il tema della effettività della protezione giurisdizionale dei diritti. La precaria definizione del sistema dei raccordi giurisdizionali (nazionale/U.E./convenzionale) evidenzia il persistente *deficit* regolativo in tema di verifica degli atti dell'Unione e di insufficienza delle vie di ricorso

(266) Cfr. FAVOREU, *Corti Costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 3 ss.

(267) Cfr. GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 125.

(268) Cfr. PIZZORUSSO, *Una Costituzione « ottriata »*, in AA.VV., *La Costituzione europea. Luci e ombre*, a cura di PACIOTTI, cit.; ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, cit.

(269) Cfr. PIZZORUSSO, *Una Costituzione « ottriata »*, cit.

(270) GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 125.

disponibili per far valere i diritti fondamentali (271). Tali considerazioni riportano, ancora una volta, alla questione della necessità di una positivizzazione di adeguate tutele giurisdizionali dei diritti fondamentali dell'Unione, la garanzia dei quali non può che chiamare in causa il livello della Costituzione e pertanto di forme adeguate di legittimazione politica del diritto dei trattati.

Appare dimostrato, dunque, che parlare di diritti e di Costituzione nell'ambito dell'Unione europea vuol dire porsi degli interrogativi sulla natura stessa dell'integrazione europea, superando l'approccio funzionalista che l'ha caratterizzata fin dalle origini per ridefinirne le fonti di legittimazione e consolidarne i valori fondanti (272).

Sullo sfondo rimane poi sempre (e qui torniamo all'«ottica del giudice» segnalata all'inizio del presente lavoro) una questione di base, se vogliamo, ancor più radicale. Il dialogo tra le varie Corti nazionali e le Corti sovranazionali, infatti, pone oggi più che mai il problema fondamentale di una «legittimazione europea» delle magistrature del nostro continente. A fronte della predisposizione, ad opera del Consiglio d'Europa, di un vero e proprio «ordinamento giudiziario del Vecchio Continente» (273), dell'elaborazione di regole internazionali sull'indipendenza dei giudici (274) e dell'apparizione dei primi albori di una formazione giudiziaria europea (275), si presenta in modo

(271) U. VILLANI, *Principi democratici e diritti fondamentali nella «Costituzione europea»*, in *La Comunità internazionale*, 2005, n. 4; TIZZANO, I «*diritti fondamentali e le Corti in Europa»*, in *Dir. UE*, 2005, n. 4.

(272) Così sempre GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, cit., 125.

(273) Sebbene non dotato, come noto, di efficacia vincolante: sul tema cfr., ad es., OBERTO, *Progetto preliminare di parere sulle norme concernenti l'indipendenza della giustizia e l'immovibilità dei giudici contenute nella Raccomandazione n. R (94) 12 del Consiglio d'Europa sull'indipendenza, l'efficienza e il ruolo dei giudici*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 193 ss.; Id., *La proposta di una nuova raccomandazione sul tema: «Indipendenza, efficienza e responsabilità dei giudici»*, elaborata dal Comitato d'esperti sulla Magistratura (Cj-S-Jud) del Consiglio d'Europa, in *Contratto e impresa/Europa*, 2010, 481 ss.

(274) Per i necessari richiami sia consentito rinviare ai lavori dello scrivente raccolti nella seguente pagina web: <http://giacomooberto.com/ordinamentogiud.htm>.

(275) Cfr. sul tema, *ex multis*, CAPPELLETTI, *Studio del diritto e tirocinio professionale in Italia e Germania*, Milano, 1957, *passim*; PISANI MASSAMORMILE, *La legge professionale forense e l'esigenza di formazione dell'avvocato*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 1 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Per una riforma degli studi universitari di giurisprudenza in Italia*, in *Foro it.*, 1991, V, 517 ss.; Id., *Il modello dell'insegnamento del diritto in Italia*, *ivi*, 1995, V, 413 ss.; Id., *Una formazione professionale unitaria per superare le diffidenze tra le categorie*, in *Guida al diritto, Il Sole 24 ore*, 1998, n. 42, 11 ss.; CONSOLO e MAZZAROLI,

imperioso la necessità che gli Stati membri dell'Unione europea abbandonino la tradizionale gelosia con cui da sempre hanno voluto

La formazione dell'avvocato. L'Università, in *Giur. it.*, 1993, IV, 381 ss.; FRANCHINI, *La formazione professionale e scientifica nell'Università*, in *Dir. e società*, 1993, 363 ss.; LEVINE, *Legal Education*, New York, 1993, *passim*; BARTOLE, *Per una valutazione comparativa dell'ordinamento del potere giudiziario nei Paesi dell'Europa continentale*, in *Studium juris*, 1996, 531 ss.; BORGNA e CASSANO, *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, 1997, 107 ss.; OBERTO, VERARDI e VIAZZI, *Il reclutamento e la formazione professionale dei magistrati in Italia e in Europa*, in AA.VV., *L'esame di uditore giudiziario*, Milano, 1997, 41 ss.; SPANTIGATI, *La formazione del giurista strumentale alla costruzione del « sistema »*, in *Pol. dir.*, 1997, 125 ss.; CAIANIELLO, *Formazione e selezione dei giudici in un'ipotesi comparativa*, in *Giur. it.*, 1998, 387 ss.; DONATI, *Storicismo e antistoricismo nella formazione del giurista*, in *Jus*, 1998, 307 ss.; MARIANI MARINI, *I problemi irrisolti della formazione comune tra avvocati e magistrati*, in *Rass. forense*, 1998, 827 ss.; ID., *Tradizione e innovazione nella formazione dell'avvocato*, *ivi*, 1999, 47 ss.; ID., *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli (un modello formativo per l'avvocatura)*, *ivi*, 2000, 501 ss.; ALPA, *L'accesso alla professione forense: nuove prospettive per l'avvocatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, 193 ss.; DOGLIANI e SICARDI, *La riforma degli ordinamenti didattici e il diritto costituzionale*, in *Quaderni costituz.*, 1999, 563 ss.; MOCCIA, *La formazione dell'« avvocato europeo »: questioni e risposte di prospettiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 567 ss.; AA.VV., *Traité d'organisation judiciaire comparée*, I, Zürich-Bruxelles, 1999, *passim*; OBERTO, *Recrutement, formation et carrière des magistrats dans le système juridique et constitutionnel italien*, in AA.VV., *Que formação para os magistrados hoje?*, Lisbona, 2000, 185 ss. (<http://www.giacomooberto.com/portugal/rapport.htm>); ID., *Recrutement et formation des magistrats: le système italien dans le cadre des principes internationaux sur le statut des magistrats et l'indépendance du pouvoir judiciaire*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 717 ss.; ID., *La formazione dei magistrati italiani nell'ottica della formazione del giurista europeo*, in *La magistratura*, 1/2 (gennaio-giugno), 2002, 40 ss.; ID., *Recrutement et formation des magistrats en Europe. Etude comparative*, Strasbourg, 2003, *passim*; ID., *Magistrati. Reclutamento e formazione. Studio comparato fra sistemi europei*, Collana « Inchieste e proposte », diretta da G. SALERNO, n. 37, Roma, 2003, *passim*; ID., *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, Collana « Le monografie di Contratto e impresa. Serie di Diritto comparato », diretta da F. GALGANO e F. FERRARI », Padova, 2008, *passim*; FRAGOLA, *Prime riflessioni sulle nuove lauree universitarie*, in *Riv. giur. scuola*, 2001, 3 ss.; OPEN SOCIETY INSTITUTE/EU ACCESSION, MONITORING PROGRAMME, *Monitoring the EU Accession Process: Judicial Independence*, Budapest, 2001, *passim*; PASCUZZI, *La formazione del giurista: il ruolo dell'informatica*, in *Dir. e formazione*, 2002, 287 ss.; PHARE ORIZONTAL PROGRAM ON JUSTICE AND HOME AFFAIRS, *Reinforcement of the Rule of Law*, Nimega, 2002; DANOVÌ, *Le iniziative del C.C.B.E. per la formazione dell'avvocato in Europa: analisi e proposte*, in *Dir. e formazione*, 2002, 293 ss.; RANIERI, *Giuristi per l'Europa: come fare e come non fare una riforma degli studi di diritto in Italia*, in <http://www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=296>; CARRICK e WALTERS, *A Bibliography of United States Legal Education: From Litchfield to Lexis*, Buffalo, 2003, *passim*; von BOGDANDY, *Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso*

conservare per sé, quale questione assolutamente « interna », la vita ed il funzionamento del potere giudiziario, per dar vita ad una magistratura che possa dirsi europea non solo per la sua vocazione, ma anche per la sua (quanto più possibilmente uniforme) disciplina.

Ma questa è un'altra storia.

GIACOMO OBERTO

tedesco, in *Foro it.*, 2012, V, 54 ss.; GRASSO, *Per una cultura giuridica comune: la nuova dimensione della formazione giudiziaria in Europa. L'impegno delle istituzioni europee e il contributo della magistratura italiana*, in *Foro it.*, 2012, IV, 107 ss.